DIE
LIBERIERUNG DER AKTIEN
NACH GELTENDEM RECHT UND ENTWURF III

DISSERTATION

VORGELEGT DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN

VON

FRITZ DICK
VON BERN

BUCHDRUCKEREI VOGT-SCHILD, SOLOTHURN - 1934

DIE
LIBERIERUNG DER AKTIEN
NACH GELTENDEM RECHT UND ENTWURF III

DISSERTATION

VORGELEGT DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN

VON

FRITZ DICK
VON BERN

BUCHDRUCKEREI VOGT SCHILD, SOLOTHURN - 1934

Die Fakultät hat diese Arbeit am 3. Mai 1934, auf Antrag von Prof. Dr. *Hans Fehr*, als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

I. KAPITEL:

BEGRIFF UND JURISTISCHE NATUR DER LIBERIERUNG.

Seite

§ 1. Abgrenzungen und Begriff der Liberierung 13
I. Abgrenzung der vorliegenden Aufgabe 13
II. Begriff der Liberierung 14
A. Definition 14
B. Subjekte und Inhalt der Liberierung 14
C. Agio und Disagio 15

§ 2. Die juristische Natur der Liberierung 17
I. Konstruktionsversuche 17
A. Liberierung und Aktie 17
1. Aktie als Teilbetrag des Grundkapitals 18
2. Aktie als Inbegriff der Rechte und Pflichten 18
3. Aktie als Wertpapier 18
B. Liberierung und Vertrag 19
II. Liberierung und Gesetz 20
III. Untersuchung einzelner Liberierungsarten 22
A. Die erste Rate 22
B. Die Sachliberierung 22
C. Die Haftung des frühern Aktionärs 23
D. Die Gratisaktien 23

II. KAPITEL:

ALLGEMEINER TEIL UND BARLIBERIERUNG.

1. Abschnitt: Die Subjekte der Liberierung 24

Einleitung 24

§ 3. Zu den Theorien über die Aktienzeichnung 25
I. Die Aktienzeichnung 26
A. Das Wesen der Zeichnung 26
1. Die Willensakttheorie 26
2. Die Vertragstheorie 27
B. Verhältnis zwischen Gründer und Zeichner 29
C. Die Gründervereinigung 31
II. Die Aktienübernahme 31
A. Das Wesen der Gründervereinigung 31
1. Der Begriff «Gründer» 31
2. Zahl der Gründer 31
3. Art der Gründerpersonen 32
B. Juristische Natur der Gründervereinigung 32

Seite

III. Die Aktienzeichnung bei der Kapitalerhöhung 33
A. Beschränkung der Zeichnung auf die Mitglieder 34
B. Oeffentliche Zeichnung 34
IV. Begriff und juristische Natur der Zeichnung im allgemeinen 34
A. Begriff 34
B. Juristische Natur 35

§ 4. Voraussetzungen und Form der Aktienzeichnung . . 35
I. Voraussetzungen 35
A. Bei der Sukzessivgründung 35
1. Aufstellung des Statutenentwurfes 35
a) Form 35
b) Inhalt 36
c) Statut und Zeichnung 36
2. Prospekt 37
a) Prospektzwang und Form 37
b) Inhalt 37
c) Prospekt und Zeichnung 37
3. Die Haftungsverhältnisse 38
B. Bei der Simultangründung 39
C. Bei der Kapitalerhöhung 39
1. Erhöhungsbeschluss 39
a) Zuständigkeit und Form 39
b) Inhalt 40
c) Oeffentliche Beurkundung 40
d) Mängel in den Voraussetzungen 41
2. Prospekt 41
a) Prospektzwang und Form 41
b) Inhalt 42
c) Prospekt und Zeichnung 42
3. Die Anmeldung beim Handelsregister 42
a) Nach geltendem Recht 42
b) Nach Entwurf III 42
II. Form und Inhalt der Zeichnung 43
A. Form der Zeichnung 43
1. Bei der Sukzessivgründung und Kapitalerhöhung . . 43
2. Bei der Simultangründung 44
B. Inhalt der Zeichnung 44

§ 5. Die Zeichnungsannahme, ihre Bedingtheit und Einreden 45
I. Die Zeichnungsannahme 45
A. Auswahl der Zeichner 45
B. Zeitdauer der Verbindlichkeit der Zeichnung 46
C. Form der Zeichnungsannahme 46
D. Wirkung der Annahme 46
1. Bei der Kapitalerhöhung 47
2. Bei der Gründung 49
II. Die Bedingtheit der Zeichnung 49
A. Die gesetzliche Bedingung 49

Seite

B. Die gewillkürten Bedingungen 50
1. Inhalt 50
2. Form 51
3. Wirkung 51
III. Einreden aus der Zeichnung 51
A. Einreden aus Formmängeln 51
B. Einreden aus Willensmängeln 51
C. Zusammenfassung 52

§ 6. Die Haftung aus originärem Aktienerwerb 52
I. Begriff und Vorkommen 52
II. Entstehung der Haftung 53
III. Inhalt, Zeit und Ort der Liberierung 53
A. Inhalt der Liberierung 53
1. Umfang der Liberierung 53
2. Art der Liberierung 53
B. Einforderungsberechtigung, Zeit und Ort der Liberierung 55
1. Die einforderungsberechtigten Personen 55
2. Gleichmässigkeit der Einforderung 55
3. Zeit der Liberierung 57
4. Ort der Liberierung 58
IV. Die Folgen der Nichterfüllung und des Verzuges 59
V. Der Untergang der Haftung 59
A. In objektiver Hinsicht 59
1. Durch Voll-Liberierung 59
2. Durch Untergang der Aktie 59
B. In subjektiver Hinsicht 59
1. Nach Art der Aktien 60
a) Bei Inhaberaktien 60
b) Bei Namenaktien 60
2. Nach der causa 61
a) Tod des Aktionärs 61
b) Konkurs des Aktionärs 62
c) Uebertragung unter Lebenden 62
d) Ausserordentliche Erwerbsarten 62

§ 7. Die Haftung aus derivativem Aktienerwerb 62
I. Voraussetzungen zur Uebertragung der Liberierungspflicht 62
A. In objektiver Hinsicht 62
B. In subjektiver Hinsicht 63
II. Die Form der Uebertragung 64
A. Uebertragungsformen 64
B. Uebertragung und Eintrag 64
III. Rechtsverhältnis des neuen Aktionärs zur Gesellschaft . . 65
A. Bei Inhaberaktien 65
B. Bei Namenaktien 65
IV. Der Untergang der Liberierungshaftung 67
A. Voraussetzungen 67
B. Wirkung 67
1. Bei Inhaberaktien 67

Seite

2. Bei Namenaktien 67
a) Nach geltendem Recht 67
b) Nach Entwurf III 68

§ 8. Die Folgen der Nichterfüllung und des Verzuges . . 68
I. Der Verzugszins 68
A. Die haftenden Personen 69
B. Bemessung des Verzugszinses 69
II. Die Konventionalstrafe 70
A. Voraussetzungen 70
B. Höhe der Konventionalstrafe 70
C. Verhältnis der Konventionalstrafe zum Verzugszins . . 70
III. Die Kaduzierung 71
A. Begriff 71
1. Definition 71
2. Abgrenzung zu andern Erscheinungen 71
a) Kaduzierung und Einziehung 71
b) Kaduzierung und Kraftloserklärung 72
B. Voraussetzungen 72
1. Nach geltendem Recht 72
2. Nach Entwurf III 73
3. Kaduzierung unter mangelhaften Voraussetzungen . 73
C. Wirkung 75
1. Für die Aktiengesellschaft 75
2. Für den Aktionär 75

2. Abschnitt: Das Objekt der Liberierung (die Aktie) 77

Einleitung 77
§ 9. Inhalt der Aktienurkunde 77
§ 10. Der Nominalbetrag der Aktie 78
I. Begriff und Bedeutung des Nominalbetrages 78
II. Die Aenderung des Nominalbetrages 79
A. Bei gleichbleibendem Grundkapital 80
1. Die Zerlegung 80
2. Die Zusammenlegung 80
3. Die Amortisation 81
B. Mit Veränderung des Grundkapitals 82
1. Die Erhöhung des Nominalbetrages 82
2. Die Herabsetzung des Nominalbetrages 83
§ 11. Die Inhaberaktie 85
I. Allgemeines 85
II. Die Inhaberaktie unter dem geltenden Recht 85
III. Die Inhaberaktie nach dem Entwurf III 87
IV. Die Umwandlung einer Namen- in eine Inhaberaktie . . . 88
Anhang 89
§ 12. Die Namenaktie 89
I. Allgemeines und Liberierungsverhältnisse 89
II. Die Umwandlung einer Inhaber- in eine Namenaktie . . . 90
§ 13. Die Gratisaktie 90

III. KAPITEL:

SPEZIELLER TEIL: DIE QUALIFIZIERTE LIBERIERUNG.

Seite

§ 14. Das Wesen der qualifizierten Liberierung 92
I. Begriff 92
A. Definition 92
B. Einlage und Uebernahme 93
II. Das Objekt der Einlage 98
A. Dienstleistungen? 98
B. Kundschaft? 99
C. «Einlage» einer Gesellschaft 99
III. Bewertung des Illationsobjektes und Zeit der Einlage . . . 99
A. Bewertung 99
B. Zeit der Einlage 101

§ 15. Der Illationsvertrag 101

§ 16. Die Kompensation der Liberierung 102
I. Allgemeines 102
II. Beispiele 103

§ 17. Die gesetzlichen Bestimmungen für die qualifizierte Gründung 105
I. Im Gründungsstadium 106
A. Für die Sukzessivgründung 106
1. Der Statutenentwurf 106
2. Der Prospekt 106
3. Der Gründerbericht 107
B. Für die Simultangründung 108
C. Für die Kapitalerhöhung 109
II. Für die interne Errichtung der Gesellschaft 110
A. Annahme der betreffenden Statutenbestimmungen . . . 110
B. Konstatierung des Grundkapitals 111
III. Eintrag und Veröffentlichung 112

§ 18. Die zivilrechtliche Haftung nach Art. 671 OR. 114
I. Die juristische Natur der Haftung 114
II. Die Verjährungsfristen 115
III. Die Verantwortlichkeitsfrage 116

IV. KAPITEL:

GELTENDES RECHT UND ENTWURF III.

§ 19. Die Uebergangsbestimmungen des Entwurfes 117
§ 20. Die Neuerungen des Entwurfes 118

Literatur-Verzeichnis.

Es sind hier nur diejenigen Werke angegeben, für die in der vorliegenden Schrift nur die Autoren genannt sind.

Averbeck B., Wesen der Aktienzeichnung, Rechte und Pflichten aus der Zeichnung. Diss. Jena 1900.

Bachmann G., Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Bd. II. Zürich 1915. — Die Sonderrechte des Aktionärs, mit besonderer Berücksichtigung des deutschen und schweizerischen Rechts. Zürich 1902.

Behrend J. Fr., Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, 1 und 2. Berlin und Leipzig 1886.

Blumenstein E., Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes. Bern, Wyss 1911.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes vom 21. II. 1928.

Bondi, Der Begriff «Einlage» des Aktionärs, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 11. Jahrgang, 1906.

Brand-Meyer zum Gottesberge, Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis. III. Auflage.

Büchler H., Die Erhöhung des Grundkapitals mit Ausgabe von Gratisaktien nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Bern 1926.

Burckhardt W., Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Basel 1927. Schweizerisches Bundesrecht.

Clavuot A., Der Gründungshergang bei der Simultangründung der Aktiengesellschaft. Borna = Leipzig 1905.

Curti A., Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz. Berlin 1930. — Schweizerisches Handelsrecht. Zürich 1903.

Entwurf, Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts (Entwurf).

Fick F., Die verschleierte und schieberhafte Gründung von Aktiengesellschaften. Zürich 1922.

Fuhrmann D., Genussaktien und Genussscheine. Diss. Zürich 1907.

Gerster J. Die Aktienzeichnung nach schweizerischem Recht. Diss. Fribourg 1918.

Gesetze (in den üblichen Abkürzungen bezeichnet; vergl. die Bemerkung auf Seite 10).

Gierke O., Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895. — Die Gesellschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Grundsätze, nach welchen das Eidgenössische Amt für das Handelsregister die Vorschrift von Art. VI, Zif. 7 des Bundesratsbeschlusses vom 8. Juli 1919, betreffend die Abänderung und Ergänzung des schweizerischen Obligationenrechts anwendet (vergl. auch Bemerkung S. 10).

Hahnloser, Die Namenaktie. Diss. Zürich 1903.

Hoffmann E. F., Beiträge zur Apportgründung der Aktiengesellschaft. Diss. Bern 1925.

Jaeger, Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs.

Lauterbach E., Die Aktie im deutschen und schweizerischen Handelsrecht. Erlangen 1928.

Lehmann K., Das Recht der Aktiengesellschaften. 1. Band. Berlin 1898. 2. Band. Berlin 1904.

Merk A., Die Herabsetzung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1931.

Meyer Franz, Zur Revision der Bestimmungen über die qualifizierte Gründung der Aktiengesellschaft in der Schweiz. Diss. Leipzig 1913.

Oser H., Das Obligationenrecht, Art. 1—529, kommentiert von. Zürich 1915.

Peduzzi E. Die Aktienamortisation. Diss. Fribourg 1924.

Popp E., Die Aktie ohne Nennwert. Bern 1932.

Praxis (Pr.) = Die Praxis des Bundesgerichts, monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide. Basel.

Protokolle (amtliche) der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts.

Renaud A., Das Recht der Aktiengesellschaften. Leipzig 1875.

Sauter A., Die Lehre von der Kaduzierung nach schweizerischem und deutschem Aktienrecht. Diss. Zürich 1918.

Schneider und Fick, Das schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1896.

Sigrist H., Die Erhöhung des Grundkapitals im schweizerischen Aktienrecht. Diss. Zürich 1930.

Silbernagel A., Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Aktienrecht. Berlin 1907.

Stampa U., Sammlung von Entscheiden des Bundesrates und seines Justiz- und Polizeidepartements in Handelsregistersachen (1904 bis 1923). Bern 1923.

Staub, Kommentar zur deutschen H. G. B.

v. Tuhr A., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Tübingen 1924/1925.

v. Waldkirch, Die Revision des schweizerischen Aktiengesellschaftsrechts. In Z. S. R., Bd. 23, S. 634 ff.

Weiss G., Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum Z. G. B. und OR., sowie den zugehörigen Nebengesetzen, Verordnungen und internationalen Uebereinkünften, umfassend den Zeitraum 1912—1921. Zürich.

Wieland K., Handelsrecht (Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft III, 1. II.). München und Leipzig 1931.

Bemerkung.

Als Gesetzestext für das OR. wurde verwendet: *Dr. S. Krebs, Schweizer Aktienrecht* (Zürich 1931). Darin sind die Abänderungen und Ergänzungen zum OR. durch Bundesratsbeschluss vom 8. Juli 1919 dem ursprünglichen Gesetzestext eingeschoben. Wo auf das OR. verwiesen wird, ist nicht unterschieden, ob es sich um eine ursprüngliche Gesetzesstelle handelt oder um eine Abänderung oder Ergänzung durch den Bundesrat.

VORWORT.

Es kann nicht Aufgabe einer Dissertation sein, gleich einem Lehrbuch mit möglichster Systematik in alle Einzelheiten eines gegebenen Themas einzudringen, und dies um so weniger, als die vorliegende Schrift einen Gegenstand behandelt, der Anlass zu weitgehender Betrachtung nicht nur vom rechtlichen, sondern auch vom wirtschaftlichen Standpunkte aus bieten würde. Die Hauptaufgabe, die ich mir stellte, war ein Vergleich zwischen dem geltenden und dem künftigen Recht der Aktienliberierung, wobei für das kommende Recht der Entwurf des Bundesgesetzes über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Schweiz. Obligationenrechtes (Entwurf III) grundlegend war. So habe ich aus der Fülle des Stoffes einzelnen Gebieten, die mir vom praktischen oder theoretischen Standpunkte interessant schienen, einen breiten Raum gewährt, um andere Teile kurz zu behandeln oder nur auf die vorhandene Literatur zu verweisen.

Endlich möchte ich jenen Herren bestens danken, die mir bei der vorliegenden Arbeit geholfen haben. Es betrifft dies insbesondere Herrn Prof. Dr. Hans Fehr, meinen hochverehrten Lehrer, Herrn Dr. S. Krebs, Chef des Eidg. Amtes für das Handelsregister, und dessen Adjunkten, Herrn Fürsprech Fritz von Steiger.

Bern, im Mai 1934.

Fritz Dick.

ERSTES KAPITEL.

Begriff und juristische Natur der Liberierung.

§ 1.

Abgrenzungen und Begriff der Liberierung.

I. Abgrenzung der vorliegenden Aufgabe.

Wenn wir von der Liberierung der Aktien sprechen, so setzen wir zum Objekt unserer Betrachtung die Aktie. Die Aktie setzt aber begriffsnotwendig eine Aktiengesellschaft voraus. Wir beschränken unsere Aufgabe auf die Untersuchung der Liberierungsverhältnisse der Aktien derjenigen Aktiengesellschaften, die unter der Herrschaft des OR. stehen und schliessen damit zwei Gesellschaftsgebilde aus, die durch das OR. selber aus seinem Rechte ausgeschieden werden. Es sind dies:

A. Die öffentlich-rechtlichen Gesellschaften,

die durch besondere kantonale Gesetze gegründet wurden und für deren Verbindlichkeiten der Staat die subsidiäre Haftung übernimmt (OR. Art. 613; E. III Art. 756).

B. Die Kommanditgesellschaften,

die ihr Kommanditkapital in Teile zerlegen, ohne dass dieselben als Aktien zu betrachten sind und übrigens auch nicht betrachtet werden können (OR. Art. 677; E. III Art. 765). Das Kriterium, ob Kapitalteile Aktien sind oder nicht, ist die Gesellschafts*form*. Nur die Aktiengesellschaft kann Aktien herausgeben. Da sie durch Eintrag in das Handelsregister entsteht und «als solche» eingetragen wird, löst der Eintrag auch die Frage.

II. Begriff der Liberierung.

A. Definition.

Das Wort «Liberierung» deutet auf eine Schuldbefreiung hin. Dass der Inhalt vermögensrechtlicher Natur ist und es im gegebenen Falle die Aktienliberierung immer sein muss, was übrigens schon aus der Legaldefinition der Aktiengesellschaft (OR. Art. 612; E. III Art. 619) hervorgeht, werden wir später sehen. Die Liberierung ist die *Erfüllung einer Obligation.* Wenn wir nun eine Definition der Liberierung finden wollen, so müssen wir folgerichtig nach dem Zweck dieser besondern Obligation fragen.

Diese Frage lässt sich aber dem Namen zum Trotz nicht von der Schuldnerseite beantworten, wenn wir ein konkretes Ergebnis erreichen wollen. Warum der Aktionär in diese Obligation eingeht, ist nur subjektiv zu werten. Es können unmittelbare spekulative Vermögensinteressen sein und werden es auch meistens sein, oder blosse wirtschaftspolitische Gründe etc.

Die Betrachtung von der Gläubigerseite, von der Aktiengesellschaft aus, führt unmittelbar zum Ziel. Art. 612 OR. (E. III Art. 619) bestimmt als Begriffsmerkmal der Aktiengesellschaft ein zum voraus bestimmtes Kapital, das in Aktien zerlegt ist. Die Summe der Nominalbeträge der Aktien muss somit laut Gesetz gleich sein der Höhe des Grundkapitals. Mit andern Worten: Die Summe der Totalliberierung der Aktien bildet das Grundkapital der Gesellschaft. Infolgedessen ist auch jede Teilliberierung der Aktie ein Beitrag zum Grundkapital. Wir können demnach definieren: *Die Liberierung der Aktien ist eine Leistung, aus der das Grundkapital der Aktiengesellschaft ausschliesslich gebildet wird.*[1])

B. Subjekte und Inhalt der Liberierung.

1. **Die Subjekte.** Subjekte der Liberierung können nur sein: die Aktiengesellschaften als berechtigter Teil, und prinzipiell der Aktionär als verpflichteter Teil.

Das Gesetz regelt die Haftung des Aktionärs, insbesondere diejenige des Zeichners (vgl. die §§ 6 und 7). Daneben ist es möglich, dass irgendeine dritte Person für den Verpflichteten erfüllen kann. Da der Inhalt der Liberierung vermögensrechtlicher Natur sein muss (vgl. Zif. 2), kommt es nicht darauf an, ob der Verpflichtete persönlich erfüllt oder für ihn ein dritter (Art. 68 OR.). Ausgeschlossen ist aber naturgemäss, dass die Aktiengesellschaft selbst

[1]) Wieland, Bd. II, S. 3.

ihre Aktien liberieren kann. Die Gesellschaft kann niemals ihr eigenes Mitglied sein.[2])

2. **Inhalt.** Inhaltlich muss die Liberierung Vermögenswerte darstellen. Da, wie wir sahen, das Grundkapital aus der Liberierung der Aktien gebildet wird und einzig daraus gebildet werden kann, muss auch die Liberierung inhaltlich immer etwas sein, das geeignet ist, Kapital zu schaffen, also Wirtschaftsgüter, die eine intersubjektive Bewertung haben.[3]) Die Literatur pflegt im allgemeinen zu sagen, zur Liberierung eigne sich, was in der Bilanz als Aktivum angeführt werden kann.[4])

C. Agio und Disagio.

Der von uns gebildete Begriff der Liberierung hat eine Schwierigkeit, nämlich das Agio und das Disagio.

Wir verstehen unter Agio ein positives Ergebnis des Emissionspreises der Aktie, vermindert um ihren Nennwert. Wird dieses Ergebnis negativ, spricht man von Disagio. Das OR. spricht weder vom Agio noch vom Disagio. Dafür tut es der Bundesratsbeschluss vom 8. Juli 1919 zu den Art. 617, Abs. 3, Zif. 4, und Art. 626, Abs. 4, Zif. 9, OR., und dann der E. III in den Art. 623, 629, Abs. 2, Zif. 4, und 630, Abs. 3, und 672, Abs. 2, Zif. 1.

Im folgenden wollen wir Agio und Disagio getrennt betrachten.

1. **Das Agio.** Wenn wir den Art. 633 OR. in der positiven Fassung lesen, lautet er: Der Aktionär ist schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten den für die Aktie statutenmässig festgesetzten Betrag beizutragen. Die Höhe der Aktie muss nach Art. 616, Zif. 4, in den Statuten stehen. Ferner ist nach Art. 612 die Aktie eine Teilsumme des Grundkapitals. Die Totalität der Teilsummen (Aktien) muss, wie oben angeführt, das Grundkapital ergeben. Das Agio ist somit eine Leistung des Aktionärs über das Grundkapital hinaus. Streng logisch würde deshalb in Anbetracht von Art. 633 OR. das Gesetz eher für eine Negierung des Agios sprechen. Die Praxis hat aber immer Agioemissionen durchgeführt und der zitierte Bundesratsbeschluss hat diese Praxis bestätigt. Aus dem Gesagten ergibt sich aber, dass das Agio keine eigentliche liberierende Leistung darstellt, weil sie nicht dem Grundkapital zugezählt wird; wohl aber können wir das Agio unter den Begriff Liberierung im weitern Sinne subsummieren.

---

[2]) Wieland, Bd. II, S. 47.

[3]) Im Gegensatz zu freien, nur subjektiv bewerteten Gütern.

[4]) Wieland, Bd. II, S. 22.

Das Agio ist keine Leistung an das Grundkapital, wohl aber an das Vermögen der Aktiengesellschaft, und es steht in Anbetracht dessen nichts im Wege, dass sich der Aktionär zu der Liberierung noch zu einer besondern Leistung an das Vermögen der Gesellschaft verpflichten kann, wie jeder Dritte auch. Da aber die Verpflichtung zum Agio naturgemäss nur mit derjenigen zur Liberierung verbunden sein kann (der Liberierung im weitern Sinne), stehen sie unter gleichen Voraussetzungen und Bedingungen (vgl. die Art. 617, Abs. 3, und 626. Abs. 4; ferner E. III Art. 623, 629, Abs. 2, und 630). Der E. III lässt die Aktiengesellschaft über den Agioerlös nicht frei verfügen. Nach Art. 672 muss dieser dem allgemeinen Reservefonds zufliessen, sofern er nicht für einen Wohlfahrtszweck, zur Deckung der Emissionskosten oder zu Abschreibungen Verwendung findet.

2. **Das Disagio.** Wie sich jedermann verpflichten kann, Leistungen an das Vermögen einer bestehenden oder künftigen Aktiengesellschaft zu machen, so kann sich im Prinzip auch umgekehrt die Aktiengesellschaft verpflichten, jedermann, also auch dem Aktionär, zu leisten. Als eine solche Leistung müsste das Disagio aufgefasst werden. Dabei ist aber zu beachten, dass die bestehende oder künftige Aktiengesellschaft eine solche Leistung nicht aus ihrem Vermögen machen würde, sondern aus ihrem Grundkapital, und dies gegenüber denjenigen Personen, die verpflichtet wären, das Grundkapital der Aktiengesellschaft, das grundsätzlich ihren Gläubigern haften soll, aufzubringen (vgl. Art. 656, Abs. 2, Zif. 6). Es ergäbe sich zudem ein Widerspruch zu Art. 633 OR., der die Verpflichtung zur vollen Liberierung der Aktien verlangt. Ferner wäre Art. 612 OR. realiter nicht mehr erfüllt, indem das aus der Liberierung der Aktien hervorgehende Grundkapital weniger als die Summe der Nominalbeträge der Aktien ergäbe. Art. 618, Abs. 1, und 622, Zif. 2, OR. verlangen zudem, dass die Aktien nicht nur gezeichnet, sondern tatsächlich einbezahlt werden. Daraus ist ersichtlich, dass ein Disagio im Widerspruch mit der Rechtsnatur der Aktiengesellschaft und der Aktie steht und somit nicht zulässig ist. Der E. III löst die Frage, indem Art. 623, Abs. 1, die Ausgabe von Aktien nur zum Nennwert oder zu einem diesen übersteigenden Betrag gestattet, womit durch arg. e contr. das Disagio verboten ist. Art. 623, Abs. 1, macht allerdings einen Vorbehalt für die Ausgabe neuer Aktien, die an Stelle von kaduzierten Aktien treten. Hier darf auch nach geltendem Recht eine Ausgabe mit Disagio stattfinden. Art. 634, Abs. 2, OR. (E. III, Art. 681, Abs. 2) gestattet unter gewissen Voraussetzungen, dass die geleisteten Teilzahlungen eines säumigen Aktionärs zu

Gunsten der Gesellschaft für den Aktionär verloren gehen und folgerichtig dessen Aktien für nichtig erklärt, kaduziert werden. Da aber das ausgeschlossene Mitglied an das Grundkapital geleistet hat, so kann in diesem Umfange die Gesellschaft die neuen Aktien (an Stelle der kaduzierten) mit Disagio emittieren. Da ja die eingezahlten Beträge dazu bestimmt waren, zum Grundkapital gerechnet zu werden, kann sich niemand beklagen, wenn die Gesellschaft sie ihrem Zweck erhält. Eine Durchbrechung des Disagioverbotes ist dies nicht, da das Prinzip der vollen Einzahlung demnach aufrecht erhalten bleibt.

§ 2.

Die juristische Natur der Liberierung.

Sedes mat. ist Art. 633 OR. und inhaltlich gleichlautend Art. 680, Abs. 1, des E. III. Das geltende Recht wie der E. III drücken sich negativ aus, indem sie sagen, dass der Aktionär zu nichts mehr, als zur vollen Liberierung der Aktien verpflichtet ist. Daraus ergibt sich durch arg. e contr., dass die Liberierung der Aktien die einzige vermögensrechtliche Verpflichtung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft darstellt.

Unsere Aufgabe ist es jetzt, zu versuchen, die juristische Natur dieser Verpflichtung zu erfassen.

I. Konstruktionsversuche.

A. Liberierung und Aktie.

Dem Wortlaute «Aktien-Liberierung» nach wäre die Schuld in der Aktie begründet, denn liberieren kann man nur etwas, an das ein Passivum geknüpft ist, also in concreto die Aktie von ihrer passiven Wirkung befreien. Man könnte analog ebenso von der Liberierung eines anderen Wertpapieres, wie z. B. eines Wechsels etc. sprechen. Wir müssen uns aber, bevor wir die vorliegende Untersuchung fortführen können, über den Begriff «Aktie» einig werden.

Fast alle Schriftsteller legen dem Begriff «Aktie» eine dreifache Bedeutung zu:[5])

1. als Teilbetrag des Grundkapitals;
2. als Inbegriff der Rechte und Pflichten des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft;
3. als Urkunde, die diese Rechte und Pflichten verbrieft.

[5]) Lehmann, Bd. I, S. 172 ff.; Silbernagel, S. 72; Lauterbach, S. 10 f.; Baumbacher, S. 2 ff. Er lehnt diese Dreiteilung ab und versucht, zu einem einheitlichen Begriff zu gelangen; meines Erachtens ohne grossen Erfolg. Renaud, S. 80; Curti, S. 274.

1. **Die Aktie als Teilbetrag des Grundkapitals.** In diesem Sinne gibt uns die Aktie nur über das Höchstmass der Verpflichtung des Aktionärs Auskunft, was uns aber für das gestellte Problem nicht interessiert.

2. **Die Aktie als Inbegriff der Rechte und Pflichten.** Zu dieser Auffassung der Aktie sagt Lehmann.[6]) «Die Aktie in diesem Sinne ist, streng genommen, keineswegs nur ein Recht, wie der Name sagt und wie Renaud annimmt, sondern sie enthält zwar nicht notwendig, aber möglicherweise auch Verpflichtungen. Sie enthält vor allem für den ersten Uebernehmer stets die Verpflichtung zur Einzahlung des der Quote des Grundkapitals entsprechenden Wertbetrages.» Silbermann [7]) sagt: «Unter Aktie versteht man nicht etwa eine Forderung gegen die Gesellschaft, sondern den die Mitgliedschaft bestimmenden Teilbetrag des Grundkapitals, sodann das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs und endlich das die Gesamtheit der Mitgliedschaftsrechte und Pflichten verbriefende Wertpapier.» Er charakterisiert somit die Aktie als Wertpapier, wozu wir sub. Ziff. 3 Stellung nehmen wollen. Beide cit. Autoren und auch die früher genannten (F. N. 1) verstehen unter Aktie also eine Summe von Rechten und Pflichten. Dass dazu natürlich die einzige vermögensrechtliche Verpflichtung, die Liberierung der Aktie, gehört, ist selbstverständlich. Die Liberierung gestaltet sich demnach zu einer aktienrechtlichen Pflicht. Damit habe ich aber die juristische Natur der Liberierung nicht erfasst. Ich habe unter «Aktie» nur einen Gesamtbegriff für verschiedene Rechte und Pflichten, die allerdings einen inneren Zusammenhang haben, einen Summenbegriff geschaffen. Diese teleologische Lösung genügt für das gestellte Problem nicht, oder ich müsste dann zeigen, dass ich den Begriff «aktienrechtlich» (also auch die aktienrechtliche Pflicht, die Liberierung) nur empirisch erfassen kann, somit als Tatsache hinnehmen muss, bei der die logischen Untersuchungsmethoden versagen, etwa wie in der Mathematik die Zahl i. Da ich aber unter «Aktie» einen Summenbegriff habe, müsste dann vorgängig nachgewiesen werden, dass auch die Summanden oder wenigstens einer davon, nur tatsächlich hingenommen werden können.

3. **Die Aktie als Wertpapier.** Unter «Aktie» wird endlich eine Urkunde mit Wertpapiercharakter verstanden. Ueber den Inhalt dieses Wertpapieres sind sich die Schriftsteller nicht einig. Silbernagel [8]) versteht, wie oben zitiert, unter Aktie das die

[6]) Bd. I, S. 189.
[7]) S. 72.
[8]) S. 72.

Rechte und *Pflichten* verbriefende Wertpapier. Lehmann [9]) versteht unter Aktie in diesem Sinne die Urkunde, welche die Mitgliedschafts*rechte* bescheinigt. Von den Pflichten spricht er in diesem Zusammenhange nicht.[10]) Wir haben uns somit nur der Ansicht Silbernagels zuzuwenden und zu untersuchen, ob die Liberierung etwa die Erfüllung einer Wertpapierforderung darstellt? Die Herausgabe von Aktienurkunden wird von den meisten Autoren [11]) nicht als wesensnotwendig für die Aktiengesellschaft betrachtet. Werden keine Aktien herausgegeben, fehlt somit auch jedes Wertpapier und die Liberierung kann keine Erfüllung aus einer Wertpapierforderung darstellen. Damit ist auch, wenn die Voraussetzung richtig ist, die Frage gelöst. Zur Ergründung der juristischen Natur der Liberierung kann ich nicht davon ausgehen, diese als Erfüllung einer Wertpapierforderung zu betrachten, wenn sie es nicht zu sein braucht. Dass aber auch bei vorhandenen Aktienurkunden die Liberierung nicht in der Aktie als Wertpapier begründet ist, zeigt eine einfache Ueberlegung: Das Wertpapier, aus dem Rechte abgeleitet werden, muss im Besitze des Berechtigten sein, der seine Rechte ja nur mit dem Papier gegen den Schuldner ausüben kann. Die Aktie aber ist typischerweise für den Aktionär, hier also für den Verpflichteten bestimmt. Eine wissenschaftliche Begründung möge in dieser nicht schwierigen Frage unterbleiben.

Diese Erwägungen zeigen, dass die Bezeichnung «Aktienliberierung» praktisch wohl begründet, wissenschaftlich aber ungenau ist. Hätten wir eine wissenschaftliche Bezeichnung, brauchten wir die vorliegende Deduktion nicht, weil sie dann sagen müsste, was die Liberierung ist. Eine neue einzuführen hat aber keinen Sinn.

B. Liberierung und Vertrag.

Nachdem der erste Ausgangspunkt nicht zum Ziele führte, wollen wir nun die Liberierung allgemeiner betrachten. Dass die Einzahlungspflicht obligatorischen Charakter hat, ist nicht schwer einzugehen, trotz hie und da mehr oder weniger versteckter Zweifel in der Literatur.[12]) Definieren wir die Obligation [13]) als die Rechtsbeziehung zweier Personen, von denen die eine berechtigt, die andere darauf verpflichtet ist, finden wir alle Merkmale erfüllt.

---

[9]) Bd. I, S. 197 und 198; Baumbacher, S. 2 und 3.

[10]) Ebenso Renaud, S. 89 ff.

[11]) Silbernagel, S. 72; Lehmann, Bd. I, S. 197 f; Baumbacher, S. 3 und angegebene Literatur und Entscheide.

[12]) Meist im Zusammenhange mit der Rechtsnatur der Aktienzeichnung; man muss aber die Obligation ihrem Wesen nach, ohne Frage auf ihre Entstehung betrachten.

[13]) v. Thur, Bd. I, S. 6.

Wir finden die beiden Personen, die Aktiengesellschaft einerseits und den zur Liberierung verpflichteten anderseits. Dass der Inhalt der Rechtsbeziehung vermögensrechtlicher Natur ist, was begrifflich zur Obligation gehört, ist selbstverständlich und folgt auch aus Art. 619, Abs. 3, OR. Die Frage lautet demnach, wie diese Obligation entstanden ist, wie das iuris vinculum geschaffen wurde, und je nach dem bildet die Liberierung juristisch die Erfüllung der charakterisierten Obligation. Wenn wir nach der Entstehung der Obligation fragen, denken wir immer an die aus dem römischen Recht übernommenen Entstehungsarten im systematischen Teil des OR.: Vertrag, Delikt und Condictio. Davon fällt normalerweise nur die Entstehung aus Vertrag in Betracht. Zur Entstehung eines Vertrages braucht es in materieller Hinsicht übereinstimmende Willenserklärung der Parteien, formell Offerte und Akzept. Daraus ist ersichtlich, dass immer ein Kontakt zwischen den Parteien dem Vertragsschluss vorausgehen muss. Es ist aber möglich, Aktionär zu werden und damit die Mitgliedschaft einer Aktiengesellschaft (mit Rechten und *Pflichten)* zu erwerben, ohne dass die Gesellschaft dies weiss oder will. Somit braucht die Liberierung der Aktien nicht Vertragserfüllung zu sein. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass sie es nicht sein könnte. Da wir aber zur Ergründung der juristischen Natur der Liberierung ihre wesensgemeinsamen Eigenschaften suchen müssen, ist auf diesem, allerdings nicht wissenschaftlichem Wege gezeigt, dass die juristische Natur der Liberierung nicht vertraglicher Art ist.

II. Liberierung und Gesetz.

Wenden wir uns zunächst wieder der Frage nach der Entstehung der Liberierungspflicht zu. Dass es neben den im allgemeinen Teil des OR. aufgezählten Entstehungsarten der Obligation noch andere gibt, hat v. Tuhr nachgewiesen. Wir schliessen uns ferner der herrschenden Literatur an und sagen, dass die Liberierungspflicht entstanden ist durch die einseitige Willenserklärung, Mitglied einer Aktiengesellschaft zu werden. (Für die Aktienzeichnung wird allerdings von einigen Schriftstellern neben der einseitigen Willenserklärung noch ein Vertragselement angenommen, mit welchem sie die Berechtigung der Gründer zur Einforderung der gesetzlichen Einzahlung auf jede Aktie erklären. Dies interessiert uns hier nicht, weil für die Untersuchung der juristischen Natur der Aktienliberierung Aktien und somit auch eine Aktiengesellschaft vorausgesetzt werden muss.) In der Mitgliedschaft ruhen die Rechte und *Pflichten* des Aktionärs. Unsere Frage lautet nun mehr nach der juristischen Natur dieser Pflich-

ten, das heisst nach der ordentlicherweise einzigen vermögensrechtlichen Pflicht des Aktionärs, der Liberierung seiner Aktien.[14])

Aus Art. 633 OR. ersehen wir, dass die Liberierungspflicht im Gesetze verankert ist. Dass der Art. 633 in seinem positiven Inhalt zwingender Art ist, ergibt sich aus dem Wesen der Aktiengesellschaft. Das Gesetz verweist dabei auf die Statuten, was ein zweifaches zur Folge hat:

1. Die Statuten sind es, die den Inhalt des Art. 633 bestimmen.

2. Nur der in den Statuten festgesetzte Aktienbetrag ist, wenigstens im Zweifel, massgebend, was bei einer eventuellen Verschiedenheit von statutarisch festgesetztem Aktienbetrag und dem in der Aktienurkunde angegebenen von Bedeutung ist.

Weiter folgt daraus indirekt, dass die Statuten notgedrungen die Höhe der Aktien angeben müssen. Art. 616, Ziff. 4, OR. (wie auch der E. III in Art. 625, Ziff. 3) macht denn auch direkt diese Angabe zu einem wesentlichen Statuteninhalt.[15]) Ob die Statuten die Liberierungspflicht noch speziell erwähnen oder nicht, ist gleichgültig, da das Gesetz es in der positiven Fassung von Art. 633 OR. tut. Wir machen uns ferner die Ansicht Lehmanns[16]) zu eigen und zitieren: «Aus dem Begriffe des Statutes heraus fallen die gesetzlichen Vorschriften über Aktiengesellschaften, gleichgültig, ob sie zwingenden oder dispositiven Inhalts sind. Auch wenn das Statut Sätze des objektiven Rechts in sich aufnimmt, verlieren sie damit nicht die Eigenschaft *gesetzlicher* Normen, sie gelten nicht kraft des Statutes, sondern kraft der Macht des Staates.» Damit kommen wir zur ersten Feststellung, dass die Liberierung eine gesetzliche Pflicht ist. Da aber die Statuten den Inhalt dieser Pflicht bestimmen, frägt es sich nur noch, ob dieser vertraglicher Natur ist, nämlich dann, wenn die Statuten ein Vertrag sind. Dass sie es nicht sind, hat die herrschende Lehre[17]) durchwegs anerkannt, womit die germanistische Theorie gesiegt hat. Wir können somit das gestellte Problem wie folgt lösen:

Die Aktienliberierung ist eine durch einseitigen Willensakt entstandene, gesetzliche vermögensrechtliche Pflicht,[18]) deren Inhalt die Statuten bestimmen.[19])

---

[14]) Bd. I, S. 12, Zif. 4, und S. 38.

[15]) Gerstner, S. 23 ff., und angegebene Literatur.

[16]) Bd. II, S. 4.

[17]) Gierke, Bd. I, S. 1020 ff.; Lehmann, Bd. II, S. 4, 5 und 8; Burckhardt, S. 336 ff., insbesondere S. 341 und F. N. 1; Clavuot, S. 12 und 98, und angegebene Literatur.

[18]) Bachmann, Kommentar zu Art. 336, Anm. 4.

[19]) Wir sprechen hier nicht etwa von der Höhe der Verpflichtung, bedingt durch die A n z a h l der übernommenen Aktien, sondern von der Liberierung d e r Aktien.

Daran geknüpft ergibt sich folgende Feststellung:

Die Statuten können die Liberierungspflicht nicht aufheben oder von dieser befreien, und was die Statuten in der vermögensrechtlichen Organisation der Gesellschaft nicht können, vermag noch weniger ein Beschluss eines Gesellschaftsorgans.

III. Untersuchung einzelner Liberierungsarten.

Nachdem wir die juristische Natur der Aktienliberierung herausgebildet haben, wollen wir zum Schlusse Erscheinungen prüfen, die auf den ersten Blick im Widerspruche mit ihr erscheinen. Diese Besonderheiten sind:

1. Die erste Rate;
2. Die Sachliberierung;
3. Die bleibende Haftung des früheren Aktionärs;
4. Die Gratisaktien.

Diese vier Erscheinungen sollen hier nicht als solche behandelt werden, sondern an ihnen soll nur die Richtigkeit des oben Gesagten geprüft werden.

A. Die erste Rate.

Das OR.[20]) verlangt für die Anmeldung einer Aktiengesellschaft zum Eintrage ins Handelsregister die Bescheinigung, dass ein Minimum des von jedem Aktionär gezeichneten Betrages wirklich einbezahlt sei. Diese Zahlungen haben für den werdenden Aktionär den Zweck einer Teilliberierung der künftigen Aktien, die zu übernehmen er sich verpflichtete. Dieser Zweck kann aber vorerst gar nicht erreicht werden. Da die genannten Einzahlungen Bedingung zur Eintragung der Aktiengesellschaft ist, vor der Eintragung aber gar keine Aktiengesellschaft existiert (OR. Art. 623; E. III Art. 642), kann es auch keine Aktien geben und folgerichtig auch keine Liberierungsmöglichkeit. Dass der Zahlungszweck später erreicht werden kann, ändert nichts daran, dass er es vorläufig nicht ist, und sich somit die erste Rate zu der verlangten Prüfung nicht eignet.

B. Die Sachliberierung.

Sie beruht ihrem Wesen nach darin, dass der Aktionär seine Aktien mit anderen als in barem Gelde bestehenden Vermögenswerten liberiert. Damit scheiden wir die Sachübernahme aus, die ausserhalb der eigentlichen Sphäre des Aktienrechtes steht und auf Vertrag beruht.[21]) Der Sacheinleger ist Aktionär und damit Mitglied der Gesellschaft. Er untersteht prinzipiell den gleichen

[20]) OR. Art. 622, Zif. 2, und Art. 636; E. III Art. 631 und Art. 633, Zif. 2.
[21]) Lehmann, Bd. I, S. 357.

Rechten und Pflichten wie jedes andere Mitglied. Die Statuten erlauben ihm bloss eine andere Liberierungsart, was sie ja können, da sie den Inhalt der gesetzlichen Pflicht bestimmen. Damit ist auch ersichtlich, dass die entsprechenden statutarischen Bestimmungen, sowenig wie die Statuten selbst, Vertrag sein können,[22]) sondern Statutarrecht[23]) sind.

C. Die bleibende Haftung des früheren Aktionärs.

Wenn wir sahen, dass die Liberierungspflicht eine gesetzliche ist, muss der Gesetzgeber auch dafür sorgen, dass sie nicht durch Entäusserung der Mitgliedschaft ohne weiteres verloren geht. Dies tut er denn auch durch die Art. 636, Abs. 2 und 3 und 637, Abs. 7 OR.[24]) So ist die bleibende Haftung und die eventuell aus ihr erwachsende Liberierungspflicht ebenfalls eine gesetzliche. Die Statuten sind es zwar, die den Inhalt der Liberierung für jede Aktie bestimmen. Wenn die Statuten für den ehemaligen Aktionär auch kein Band mehr darstellen, so ist er doch unter Bezugnahme auf sie in eine Schuld eingegangen und es ist somit keine Anomalie, wenn er sich nur unter bestimmten Voraussetzungen von ihr befreien kann.[25])

D. Die Gratisaktien.

Der Name verleitet zur Annahme, dass solche Aktien keine Einzahlungspflicht in sich schliessen, weil die Gesellschaft die Aktien «selber» liberiere. Wir haben schon in § 1 gesehen, dass diese Annahme durchaus irrig ist. Gratisaktien sind Aktien wie alle andern auch und haben für den Aktionär die gleichen Wirkungen in Bezug auf die Rechte und *Pflichten*, wie die übrigen Aktien. Dies hindert nicht, dass die Gesellschaft ein ihr frei zur Verfügung stehendes Vermögen zur Verrechnung mit den Einzahlungen verwenden darf,[26]) anstatt es an die Mitglieder zu verteilen. Der Name «Gratis»-Aktie ist demnach falsch. Im übrigen verweisen wir auf § 13.

---

[22]) Wie Jakoby annimmt.

[23]) Lehmann, Bd. I, S. 217, 135, 374; Behrend, Bd. I, S. 747; Silbernagel, S. 334; Clavuot, S. 47; Hoffmann, S. 30 und 11 ff.

[24]) E. III Art. 687.

[25]) Bachmann, Kommentar zu Art. 636, Anm. 4; Behrend, Bd. I, 2, S. 814 f.; Lehmann, Bd. I, S. 390; Rehfous, Z. S. R. Bd. 23, S. 587; Hahnloser, S. 122 und 123; Renaud, S. 716 ff.

[26]) Gratisaktien sind demnach nur für existierende Gesellschaften denkbar; sie bedeuten immer eine Kapitalerhöhung.

ZWEITES KAPITEL.

Allgemeiner Teil und Barliberierung.

1. Abschnitt.

Die Subjekte der Liberierung.

Einleitung.

Wir haben schon in § 1 darauf hingewiesen, dass die Aktiengesellschaft durch einen formalen Akt, den Eintrag ins Handelsregister, entsteht (OR. Art. 623 und E. III Art. 641). Voraussetzung des Eintrages ist aber, dass das ganze Grundkapital gezeichnet worden ist, d. h. dass bestimmte Personen die Haftung für das nicht eingezahlte Grundkapital übernommen haben (vgl. Art. 622, Zif. 1, und E. III Art. 638, Zif. 4). Aehnlich ist es bei der Kapitalerhöhung einer bestehenden Gesellschaft. Auch diese ist rechtlich erst vorhanden, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist (OR. Art. 626, Abs. 2 und 3). Voraussetzung des Eintrages ist hier wiederum, dass die neu emitierten Aktien gezeichnet sind, dass also, wie oben, jemand die Haftung für die Aktienliberierung übernommen hat (vgl. OR. Art. 622, Zif. 1, und E. III Art. 652).

Wir sehen, dass die Verpflichtung zur Liberierung der Aktien eine cond. sine qua non für die Existenz, bzw. für die Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft ist. Bedenken wir ferner, dass das Grundkapital nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche Grundbedingung für die Gesellschaft ist, das es einzig der Gesellschaft erlaubt, Verpflichtungsgeschäfte abzuschliessen, weil das Grundkapital den Gläubigern vornehmlich und im Anfang der Existenz der Gesellschaft auch allein haftet (weil anderes Vermögen in diesem Stadium nicht vorhanden ist), und anderseits, dass dieses Grundkapital nicht voll einbezahlt werden muss, so ist leicht begreiflich, dass die Haftung für die Aktienliberierung eine strengere sein muss als die bürgerliche Schuldhaftung. Wer mit-

hilft, die vermögensrechtlichen Grundlagen zur Errichtung einer Aktiengesellschaft zu schaffen, wer sie somit zu gründen im weitern Sinne mithilft, der soll und darf die Gesellschaft nicht einfach nach seinem Belieben im Stiche lassen. Dies ist schon eine moralische Pflicht gegen die Gesellschaft wie gegen deren Gläubiger. Wer sich durch Zeichnung zur Aktienübernahme verpflichtete und dadurch Aktien originär erwirbt, der soll nach Gesagtem für deren Liberierung am strengsten haften. In dem Umfange, in dem die Haftung aus originärem Aktienerwerb strenge gestaltet wird, kann sie für den hinzutretenden Aktionär erleichtert werden. Dies hat den wirtschaftlichen Vorteil, dass die Aktien leichter veräussert werden können. Die weitern Ausführungen sollen zeigen, inwieweit das Gesetz dieser Forderung Rechnung trägt.

Bevor wir aber zur Besprechung der eigentlichen Materie übergehen, wollen wir im nächsten Paragraph vorgängig über die Lehren sprechen, die der Aktienzeichnung zu Grunde gelegt werden. Die Literatur hat sich mit diesem Problem ausgiebig befasst, obschon die Frage praktisch keine oder nur geringe Bedeutung hat. Es ist mir kein Fall bekannt, wo mit konstruktiver Deduktion auf Grundlage der einen Lehre praktisch wesentlich andere Konsequenzen folgten, als sie die Annahme anderer Theorien auch ergaben. Die Verschiedenheit beruht auf der Bewertung, je nach dem man einem Kennzeichen grössere Bedeutung zumisst als dem andern, im Grunde also eine Frage der subjektiven Einstellung.

§ 3.

Zu den Theorien über die Aktienzeichnung.

An die Spitze können wir den Satz stellen: Jede Aktie muss gezeichnet werden. Unter Aktienzeichnung verstehen wir (ganz allgemein gesagt) eine gesetzlich formelle Erklärung, eine bestimmte Anzahl von Aktien übernehmen zu wollen und für deren Liberierung zu haften. In diesem Sinne muss, wie gesagt, jede Aktie gezeichnet werden, und dies sowohl bei der Simultan- wie bei der Sukzessivgründung.[1]) Die Zeichnung tritt aber nur bei der Sukzessivgründung offen zutage, indem hier von den Gründern ein weiteres Publikum aufgefordert wird, die oben erwähnte Erklärung abzugeben. Aus diesem Grunde wird die Sukzessivgründung auch Zeichnungsgründung genannt, während man die Simultangründung auch Uebernahmegründung nennt, weil die

[1]) Vgl. Art. 618, Abs. 1, OR.; Bachmann, Kommentar zu Art. 615, Anm. 5.

Zeichnung auf die Gründer beschränkt bleibt, mit andern Worten: diese alle Aktien übernehmen.[2])

Die Ausdrücke «Zeichnung» und «Uebernahme» charakterisieren als solche nichts, weil sie keine Gegensätze darstellen, sondern eines die Folge des andern ist. Aus dem Gesagten ist ja sofort erkenntlich, dass bei jeder Aktiengesellschaft sämtliche Aktien sowohl gezeichnet wie übernommen sein müssen.

Für die folgenden Untersuchungen werden wir uns aber dem allgemeinen Sprachgebrauch anschliessen und dem Begriff «Zeichnung» die Zeichnung durch eine Person, die nicht Gründer ist, subsummieren. Es ist dies die Zeichnung im engern Sinne. Dementsprechend verstehen wir dann unter Uebernahme das Verpflichtungsgeschäft der Gründer, die Aktien selbst zu zeichnen und für deren Liberierung ausschliesslich zu haften.

I. Die Aktienzeichnung.

A. Das Wesen der Zeichnung.[3])

Das zu lösende Problem lautet: Ist die Aktienzeichnung ein Vertrag oder ein einseitiger Willensakt des Zeichnenden und bei Annahme der Vertragstheorie, ist die Zeichnung Offerte oder Akzept? Beide Fragen werden oft durcheinander geworfen und bei Annahme der Willensakttheorie trotzdem von Offerte und Akzept gesprochen, also von den typischen formalen Entstehungsmerkmalen des Vertrages, ohne dass gezeigt wird, dass durch Offerte und Akzept nicht nur ein Vertrag, sondern noch andere Rechtsverhältnisse entstehen können.

1. **Die Willensakttheorie.** Wir bekennen uns zu dieser Theorie und sagen: Die Aktienzeichnung ist ein einseitiger Willensakt des Zeichnenden, darauf gerichtet, an der Errichtung der Aktiengesellschaft mitzuwirken. Diese Mitwirkung beschränkt sich durch die Zeichnung lediglich auf die Beibringung eines Teils des Grundkapitals der Gesellschaft. In diesem Sinne ist die Zeichnung weder Offerte noch Akzept, sondern, wie gesagt, einseitiger Willensakt. Somit ist auch die Zeichnungseinladung der Gründer weder Offerte noch eine Einladung zur Stellung von Offerten seitens der Zeichner, sondern in diesem Sinne lediglich eine Aufforderung, sich zu einer einseitigen Willenskundgebung zu entschliessen, etwa so, wie eine politische Partei zu einer öffentlichen Demonstration auffordert. Lehmann[4]) sagt: «Indem er (der Zeichner) das Statut

[2]) Vgl. den Text des Art. 636, Abs. 2, Zif. 1, des E. III.
[3]) Literatur: Averbeck, Wesen der Aktienzeichnung.
[4]) Bd. I, S. 349.

oder dessen Grundlagen unterzeichnet, erklärt er seinen Willen darauf gerichtet, in Gemässheit des Statuts oder dessen Grundbedingungen Mitglied der Korporation werden zu wollen. Erst wenn die gesetzlich erforderliche Anzahl solcher Beitrittserklärungen erreicht ist, kann das Corpus sich entfalten. Weil die vorschriftsmässige Anzahl übereinstimmender Willenserklärungen vorhanden ist, kann die Gesellschaft «errichtet» werden, das Statut in Kraft treten. Nicht, weil die Mitglieder sich gegenseitig sozietätsmässig obligiert haben, sondern weil sie durch einen Gesamtakt den übereinstimmenden Willen betätigt haben, Mitglieder der Körperschaft zu werden. Jeder Zeichner äussert dabei den Willen für sich, alle geäusserten Willen aber haben denselben Inhalt.»

Wer sich durch Zeichnung verpflichtet, eine Anzahl Aktien zu übernehmen, muss dies laut Gesetz tun in Bezugnahme auf den Statutenentwurf.[5]) Mit der Zeichnung erklärt sich der Zeichner somit mit den entworfenen Grundzügen des künftigen Statuts einverstanden und verspricht dadurch, sich ihm als künftiger Aktionär zu unterwerfen. Dadurch verpflichtet er sich auch, die Pflichten, die ihm durch das Statut erwachsen, zu erfüllen, d. h. die Aktien, die er zeichnete, zu liberieren. Gleichsam zur Illustration des einseitigen Willensaktes bringt Silbermann[6]) einen schönen Vergleich aus dem öffentlichen Recht: Der schweizerische Bundesstaat ist, wie Fleiner[7]) sagt, nicht durch Vertrag, sondern durch übereinstimmenden einseitigen Willensakt der Kantone entstanden.

In der Literatur werden an Stelle des Ausdruckes «einseitiger Willensakt» auch die Bezeichnungen «Gesamt-», «Kreations-», «Status-» und «Konstitutivakt» gebraucht.[8]) Diese Namen bezeichnen nicht prinzipielle Verschiedenheiten, sondern werden angewendet, je nachdem das Rechtsgeschäft mehr vom Standpunkte des Subjekts, des Zweckes oder von seiner Entstehung aus betrachtet wird.

2. **Die Vertragstheorie.** Von mehreren Schriftstellern wird die Aktienzeichnung als Vertrag betrachtet.[9]) Dabei kommen verschiedene Varianten vor. So wird von einigen nur ein Vertragsschluss zwischen den Gründern und den Zeichnern angenommen, von andern zudem noch ein Vertragsschluss der Zeichner unter sich.

Eine Zusammenstellung der verschiedenen Vertragstheorien mit kritischer Betrachtung und weiterer Literaturangabe ist ge-

[5]) OR. Art. 617 in fin.; E. III Art. 629 und 627.
[6]) S. 113.
[7]) «Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848.»
[8]) Vgl. die Literaturangaben in Silbermann, S. 112 ff.
[9]) So neuerdings von Wieland, S. 54 f., und F. N. 1 und 2.

macht worden von Averbeck [10]) und Adelmann,[11]) worauf wir der Kürze halber verweisen. Wir wollen dazu nur noch folgendes bemerken:

Was die Annahme eines Vertragsschlusses zwischen den Gründern und Zeichnern anbelangt, ist zu sagen, dass ein Vertrag zwei koordinierte Willenserklärungen voraussetzt. Die beiden Parteien bleiben koordiniert und nur durch ihren Vertragsschluss aneinander gebunden. Dies zeigt sich am besten darin, dass sie jeden Vertrag, auch den formellen, zu jeder Zeit wieder aufheben können.[12]) Der Vertrag bedarf insbesondere keiner Organisation und infolgedessen auch nicht der Unterstellung der einen oder beider Parteien in eine rechtsgeschäftliche Verfassung. Die Zeichnung aber bedeutet ein Aufnahmegesuch in eine Organisation.[13]) Ist ferner die Zeichnung von den Gründern aktienrechtlich verwendet worden, so ist die Aufhebung, die Art. 115 OR. für den Vertrag vorsieht, nicht mehr möglich. Wieland [14]) sagt: «Im Falle der Sukzessivgründung hat man sich den Vertragsschluss in der Weise zu denken, dass der Zeichner sich zur Entrichtung einer Einlage verpflichtet und gleichzeitig die von Dritten (Gründer, konstituierende Generalversammlung) zugelassenen Zeichner als Mitgesellschafter anzuerkennen erklärt.» Er nimmt also einen Vertrag an. Das Problem lautet aber primär nicht: Wer will Aktien liberieren, sondern, wer will Mitglied einer Aktiengesellschaft werden? Die Liberierungspflicht ist die Folge der Mitgliedschaft und besteht kraft des Gesetzes und des Statutes und ist nicht Vertragserfüllung. Was ferner die Anerkennung von Dritten als Mitgesellschafter anbelangt, verweisen wir auf die folgenden Ausführungen.

Wenn wir schon die Annahme eines Vertrages zwischen den Gründern und den Zeichnern ablehnen, so müssen wir noch viel mehr einen Vertrag zwischen den Zeichnern unter sich als unmöglich erachten. Es ist in der Tat gar nicht einzusehen, wie ein solcher zustande kommen sollte. Die verschiedenen Zeichner kommen ja in gar keinen (oder nur rein zufälligen) Kontakt miteinander. Wie kann man sich denn die formale Entstehung des Vertrages durch Offerte und Akzept denken? Ferner gehört materiell zum Abschlusse des Vertrages eine «gegenseitige Willensäusserung» nach Art. 1 OR. Die Zeichner haben aber zueinander keine

[10]) S. 10—15.

[11]) «Ueber die bei der Sukzessivgründung von Aktiengesellschaften hervorgehenden Rechtsverhältnisse», Erlangen 1893, §§ 8 und 9.

[12]) OR. Art. 115.

[13]) Auch vor der formalen Entstehung der A.-G.; vgl. unten.

[14]) Bd. II, S. 55.

gegenseitigen Willenserklärungen abgegeben, sondern *parallel* laufende Aeusserungen.[15])

B. Verhältnis zwischen Gründer und Zeichner.

Indem wir uns zur Annahme des einseitigen Willensaktes als Rechtsnatur der Zeichnung bekennen, müssen wir nun das Verhältnis zwischen den Gründern und Zeichnern weiter untersuchen. Zum Ausgangspunkt machen wir folgende Ueberlegung: Der einseitige Willensakt eines Zeichners genügt nicht zur Errichtung einer Aktiengesellschaft. Eine Person allein kann keine Gesellschaft gründen, weil die Organe nicht gebildet werden können;[16]) aber ebensowenig können dies an und für sich mehrere Personen tun. Die einseitigen Willensakte bedeuten demnach an und für sich nichts. Sie werden rechtlich erst relevant, wenn sie zusammengefasst werden in einer Organisation. Erst die organische Zusammenfassung mehrerer einseitiger Willensakte, gerichtet auf die Gründung einer Aktiengesellschaft, kann dieses Ziel erreichen. Unsere Aufgabe wird nun sein, das Wesen dieser Organisation zu betrachten.

Vor allem muss jede Organisation ihr Organ haben, das für sie einzig und ausschliesslich handeln kann. Dieses ist nun von Gesetzes wegen die Gründervereinigung.[17]) Die Gründer handeln nicht als Stellvertreter der Zeichner, denn sonst könnte ja jeder Zeichner in gleicher Sache selbst handeln. Wir zitieren Burckhardt: [18]) «Die Organisation unterscheidet sich grundsätzlich von der gewillkürten Stellvertretung dadurch, dass diejenigen, welche die Betätigung ihrer Rechte und Pflichten einer Organisation anvertrauen, also nicht Vertreter, sondern Organe bestellen (und sich dadurch organisieren, *sich selbst von dieser Betätigung ausschliessen.*» Das Hauptmerkmal liegt nicht darin, dass die organisierten Personen die Organe *selbst* bestellen müssen. sondern darin, dass sie einen zweckentsprechenden Willen bekunden, sich selbst aber von der zweckentsprechenden Betätigung ausschliessen. Darin, dass gewisse Personen von Gesetzes wegen als Organ eingesetzt sind und somit nicht bestellt werden, liegt übrigens keine Besonderheit. Dies ist auch bei der Kommandit-Aktiengesellschaft der Fall.[19]) In beiden Fällen ist es die Folge ihrer besondern Haftung.[20]) Ob wir nun in der Folge diese Organi-

---

[15]) Vgl. auch Oser, Kommentar zu Art. 1 OR., V. 1. c.
[16]) Siehe auch E. III Art. 624.
[17]) Vgl. OR. Art. 615; E. III Art. 627, 628, 629, Abs. 1, und 632.
[18]) S. 312.
[19]) Vgl. OR. Art. 676, Zif. 1; E. III Art. 757, Abs. 1, und 758, Abs. 1.
[20]) OR. Art. 676, Zif. 2, und 671; E. III Art. 757, Abs. 1, 746 und 747.

sation als juristische Person anerkennen oder nicht, ist gleichgültig.[21]) Die Hauptsache ruht darin, dass die Organstellung der Gründer im Verhältnis zu den Zeichnern anerkannt wird. Aus dem Gesagten ergibt sich nun, dass die Gründer zur Ausübung ihrer Rechte und Pflichten keiner vertraglichen Anerkennung seitens der Zeichner bedürfen. Wir zitieren nochmals Burckhardt:[22]) «Die zuständigen Organe handeln der Form nach organmässig, dem Inhalt nach aber nicht rechtsgeschäftlich, wie im Verhältnis zu Dritten, sondern amtsmässig.» In diesem Sinne sind sie berechtigt und zuständig,[23]) die Zeichnungsscheine aufzulegen, die Zeichnungen anzunehmen oder abzulehnen, die Einzahlungsstellen zu bezeichnen, die Zahlungen zu fordern und endlich die konstituierende Generalversammlung einzuberufen. Mitglied dieser Organisation ist jedermann, dessen Zeichnung angenommen wurde.

Was endlich das Ende derselben anbelangt, ist zu bedenken, dass ihr Zweck die Errichtung einer Aktiengesellschaft ist. Sie ist somit in jedem Falle resolutiv bedingt, entweder dadurch, dass ihr Zweck erfüllt wurde, die Aktiengesellschaft entstanden ist, oder aber vom Momente der Erkenntnis an, dass er überhaupt nicht erfüllt werden kann. Im ersten Falle tritt in der rechtlichen Qualifikation des Organs durch die erste Generalversammlung eine Aenderung ein. Während wir es bisher mit einem gesetzlich bestellten Organ zu tun hatten, tritt an dessen Stelle ein von der Generalversammlung ernanntes Organ, das mit der Entstehung der Aktiengesellschaft zu deren Verwaltung wird. Bis dahin bildet die künftige Verwaltung weiterhin das einzige und ausschliessliche Organ der von uns besprochenen Organisation, was sowohl aus dem geltenden Recht,[24]) wie aus dem E. III [25]) deutlich hervorgeht. Erst mit und durch den Eintrag geht diese eo ipso unter, und entstanden ist die Körperschaft, die Aktiengesellschaft.

Der Rahmen dieser Arbeit erlaubt es nicht, auf weitere Fragen einzugehen, so namentlich auf diejenige des Einflusses des Statutenentwurfes auf die soeben besprochene Organisation.

---

[21]) Gesetzlich ist es keine, dem Wesen nach ist es eine juristische Person. Vgl. auch Burckhardt, S. 312: «Wenn mehrere durch Rechtsgeschäft, d. h. freiwillig, eine solche gemeinschaftliche Vertretung eingehen, durch welche sie sich von den ihr übertragenen Geschäften selbst ausschliessen, begründen sie eine juristische Person.»

[22]) S. 323.

[23]) Die Organisation schafft ja gerade die Zuständigkeit.

[24]) OR. Art. 622, Abs. 2.

[25]) Art. 638, Abs. 2.

C. Die Gründervereinigung.

Die juristische Natur der Gründervereinigung bleibt sich bei jeder Gründungsform dieselbe. Wir verweisen auf die Ausführungen unter II.

Der Vollständigkeit halber mag hier gesagt sein, dass man auch bei der Sukzessivgründung von Aktienübernahme spricht. Darunter fallen jene Aktien, die die Gründer für sich selbst gezeichnet haben.

II. Die Aktienübernahme.

Wie wir am Anfang des Paragraphs gesagt haben, treten wir hier auf die Verhältnisse bei der Simultangründung ein.

A. Das Wesen der Gründervereinigung.

Wenn wir von Gründervereinigung sprechen, so ist damit gesagt, dass es sich um mehrere Personen handelt. Würde es sich nur um eine Person handeln, was bei der Sukzessivgründung möglich ist, so wäre die Aktienübernahme, gleich der Zeichnung, ein einseitiger Willensakt. Das zu lösende Problem wird demnach sein: Ist die Aktienübernahme auch bei einer Mehrheit von Gründern ein einseitiger Willensakt? (Vgl. dazu lit. B.)

1. **Der Begriff «Gründer».** Sowohl das geltende Recht wie der E. III enthalten keine Umschreibung des Gründerbegriffs. Wir schliessen uns der herrschenden Ansicht an und sagen: Gründer sind sämtliche Personen, die den endgültigen Statutenentwurf und, wenn ein solcher erforderlich, den Prospekt unterzeichnet haben.[26]) Wir haben unter Zif. I das Verhältnis zwischen Gründern und Zeichnern bei der Sukzessivgründung als ein organisches beschrieben, in welchem die Gründer eine ausschliessliche Organstellung innehaben. Dieses Organ bildet demnach den Willen der Organisation. Darauf Bezug nehmend können wir sagen: Gründer ist jedermann, der auf diese Willensbildung massgebend einwirkt.[27])

2. **Zahl der Gründer.** Das geltende Recht gibt keinen Aufschluss darüber, wieviele Personen im Minimum als Gründer tätig sein müssen.[28]) Das Gesetz drückt sich immer in der Mehrzahl «Gründer»[29]) aus, woraus anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber immer an

---

[26]) Vgl. dazu: Wieland, Bd. II, S. 57; ferner Silbernagel, S. 119 ff.

[27]) Behrend, Bd. I, 2, S. 721: «Als Gründer können alle diejenigen Personen betrachtet werden, die in irgendeiner Weise auf die Schaffung einer juristischen Person eingewirkt haben.»

[28]) Vgl. Wieland, Bd. II, S. 57, F. N. 15; Bachmann, Kommentar zu Art. 640, Anm. 9.

[29]) Siehe OR. Art. 615, 617, Abs. 3, und 618, Abs. 1.

eine Mehrheit dachte. Sicher ist, dass auch das geltende Recht eine Simultangründung durch eine Person ausschliesst, weil eine Person die für die Aktiengesellschaft notwendigen Organe nicht besetzen kann und somit die zum Eintrage nötige Voraussetzung fehlt.[30]) Im übrigen verweisen wir auf die Ausführungen im «Entscheid des Bundesrates über die Mindestzahl der Gründer einer Aktiengesellschaft» vom 2. März 1923 und die dort angegebene Literatur.

Der E. III verlangt auch nur eine Mindestzahl von Aktionären (nicht Gründern), deren Vorhandensein Bedingung des Eintrages ist. Art. 624, Abs. 1 schreibt vor, dass mindestens soviele Aktionäre vorhanden sein müssen, «als für die Bildung der statutarischen Organe der Verwaltung notwendig sind, *wenigstens aber drei Aktionäre.*» Für die Simultangründung ergibt sich daraus die Folgerung, dass mindestens drei Personen Gründer sein müssen.

3. **Art der Gründerpersonen.** Von der Wissenschaft ist durchweg anerkannt, dass als Gründer auch juristische Personen oder Personenverbände tätig sein können.[31])

B. Juristische Natur der Gründervereinigung.

Wir begegnen hier wiederum den gleichen gegensätzlichen Anschauungen in der Literatur, wie wir sie bei der Betrachtung der Aktienzeichnung gefunden haben. Auch hier wird die Mitwirkung jedes Gründers bald als einseitiger Willensakt charakterisiert, bald als vertraglicher Art angesehen. Wie wollen hier nicht wieder auf Einzelheiten eintreten und verweisen auf die Zusammenstellung und Kritik in den Ausführungen von Clavuot.[32]) Im Rahmen seiner Aufgabe behandelt er zwar nur die rechtliche Natur der Statutfeststellung. Diese ist aber nur ein Teil der Gründeraufgaben, und die rechtliche Natur der Statutfeststellung muss demgemäss auch die übrigen Aufgaben der Gründer qualifizieren. Clavuot zieht gleichsam die Komponente aus den verschiedenen Willensakttheorien und schreibt auf Seite 23: «Es qualifiziert sich also die Mitwirkung jedes einzelnen Gründers bei der Statutfeststellung als eine einseitige Willenserklärung, als eine konstitutive Einzelhandlung, und die Gesamtheit dieser übereinstimmenden Willenserklärungen als ein schöpferischer, das heisst ein auf Erzeugung der Körperschaft gerichteter einseitiger Kollektiv- oder Gesamtakt, welcher als solcher wieder einen Bestandteil des in der Gründung im ganzen liegenden Gesamtakts (sozialrechtlichen Konstitutiv-

[30]) OR. Art. 622, Zif. 3.

[31]) Vgl. Wieland, Bd. II, S. 57; Silbernagel, S. 120; Behrend, Bd. I, 2, S. 721, F. N. 5.

[32]) S. 15 ff.

akts) bildet.» Den gleichen Einwand, den wir schon bei der Behandlung der Aktienzeichnung machen mussten, erheben wir auch hier. Die einseitigen Willensakte noch so vieler Personen bedeuten als solche nichts und vermögen keine Aktiengesellschaft zu errichten, Erst ihre *Zusammenfassung*, ihre Bindung machen die einzelnen Willensakte relevant, und die Art dieser Bindung haben wir zu untersuchen. Wir können uns die Bindung der Gründer aneinander nur durch Vertrag denken. Mehrere versprechen sich gegenseitig mitzuhelfen, eine Aktiengesellschaft zu errichten. Dies ist ein Vertrag.[33]) Dieser kann natürlich formlos geschlossen werden. So können wir uns die Festsetzung der Statuten nicht aus einer Anzahl einseitiger Willensakte erklären. Die Tatsache spricht deutlich genug dagegen. Die Statuten können nur unter Rücksichtnahme jedes Gründers gegen jeden entstehen. Die Gründer wollen ja *gemeinsam* eine Aktiengesellschaft errichten und müssen sich folgerichtig auch darüber vertraglich einigen, *wie* sie das tun wollen. Der Statutenentwurf ist das Ergebnis eines Vertrages, ist Vertragsfolge. Damit ist auch gesagt, dass die Regelung über die Verteilung des Grundkapitals an die einzelnen Gründer (wieviele Aktien jeder Gründer übernehmen soll) ebenfalls vertraglicher Natur ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gründervereinigung eine einfache Gesellschaft [34]) ist. Vergleichen wir den Wortlaut des Art. 530, Abs. 1 OR.: «Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften und Mitteln», so finden wir alle Merkmale erfüllt.

Die Aktienzeichnung und Uebernahme der Gründer bei der Simultangründung ist (im Gegensatz zur Zeichnung bei der Sukzessivgründung) Vertragserfüllung.

III. Die Aktienzeichnung bei der Kapitalerhöhung.

Wir setzen hier eine Aktiengesellschaft voraus. Dass auch die zum Zwecke der Kapitalerhöhung ausgegebenen Aktien gezeichnet werden müssen, ist unbestritten.[35])

Im weiteren müssen wir unterscheiden, ob die Zeichnung auf die Mitglieder beschränkt bleibt oder ob sich ein weiteres Publikum beteiligen kann (öffentliche Zeichnung).

---

[33]) Vgl. v. Tuhr, S. 125, Zif. IV, und S. 126, Zif. 5.
[34]) Ebenso Wieland, S. 58; Silbernagel, S. 117/118.
[35]) Wieland, S. 165, F. N. 12; B.-G.-Praxis, Bd. X, No. 40.

A. Beschränkung der Zeichnung auf die Mitglieder.

Hier stellt die Zeichnung natürlich kein Aufnahmegesuch in die Aktiengesellschaft dar. Die Zeichner sind ja schon Mitglieder. Wohl aber ist sie eine Willenserklärung, an der Aufbringung von weiterem Grundkapital mitzuwirken. Diese Willenserklärung ist zugleich Ausübung eines Mitgliedschaftsrechtes. Die Gesellschaft ist verpflichtet, im Rahmen der gleichmässigen Behandlung ihrer Mitglieder, die Zeichnung zu berücksichtigen.[36]) Die abgegebene Erklärung des Mitgliedes ist somit in diesem Sinne für die Gesellschaft verbindlich.

Der E. III gibt dem Aktionär ein neues *gesetzliches* Mitgliedschaftsrecht, indem es ihm in Art. 651 das Recht gibt, einen dem bisherigen Aktienbesitze entsprechenden Teil der neuen Aktien für die Gesellschaft verbindlich zu zeichnen. Dieses Recht gilt aber nur vermutungsweise. Das Statut oder der Erhöhungsbeschluss kann eine andere Regelung treffen.

B. Oeffentliche Zeichnung.

Das unter der Ziff. I, Lit. B Gesagte gilt hier analog. An Stelle der Gründer tritt die Aktiengesellschaft.

IV. Begriff und juristische Natur der Zeichnung im allgemeinen.

Während die vorgängigen Ausführungen die Zeichnung (im engern Sinne) und die Aktienübernahme (bei der Simultangründung) gesondert betrachteten, wollen wir hier versuchen, zu einem einheitlichen Begriff der Zeichnung im weitern Sinne zu gelangen und deren juristische Natur zu erfassen.

A. Begriff.

Der Wirkung nach ist die Zeichnung für den Zeichner immer ein Verpflichtungsgeschäft. Ihr Zweck ist, das Grundkapital der Aktiengesellschaft zusammenzubringen. Dies aber nicht ausschliesslich (was zur Begriffsbildung notwendig ist), denn auch ein hinzutretender Aktionär kann in die Lage kommen, Aktien liberieren zu müssen, das heisst an das Grundkapital beizutragen. Wir können definieren:

Die Zeichnung ist ein formelles Verpflichtungsgeschäft, durch das der Zeichner zu bestimmten Bedingungen[37]) *für einen von Anfang an bestimmten Teil des Grundkapitals*[38]) *die ursprüngliche Haftung übernimmt.*

---

[36]) Vgl. Wieland, S. 198 ff.
[37]) Ev. Agio etc.
[38]) Anzahl der gezeichneten Aktien mal Nominalbetrag.

B. Juristische Natur.

Um die juristische Natur der Zeichnung zu erfassen, müssen wir das Verpflichtungsgeschäft auf einen einheitlichen Nenner bringen. Die vorgängigen Untersuchungen haben aber gezeigt, dass dies nicht ohne weiteres möglich ist. Die Natur der Zeichnung ist in der Tat verschieden, so dass der Versuch, sie mit allerlei Voraussetzungen in eine einheitliche Form zu zwingen, lieber unterbleibt. Es wird nach den obigen Ausführungen nicht schwer fallen, die rechtlichen Grundlagen für die verschiedenen Fälle zu finden.

Dass die juristische Natur der Zeichnung, obschon sie definiert werden kann, nicht einheitlich zu erfassen ist, beruht eben darauf, dass es sich hier um eine Summe von Rechtsgeschäften handelt. Ich kann wohl eine Summe von Rechtsgeschäften begrifflich fassen, wenn ich nach ihrem Zwecke frage, z. B. die Rechtsgeschäfte, die sich zur Uebertragung von Eigentum eignen, obschon deren rechtliche Charakteren, wie das Beispiel zeigt, ganz verschieden sind.

§ 4.

Voraussetzungen und Form der Aktienzeichnung.

Wie wir sagten, ist die Aktienzeichnung kein formloses Rechtsgeschäft. Sowohl das geltende Recht, wie der E. III verlangen zur Gültigkeit der Aktienzeichnung nicht nur eine bestimmte Form, sondern auch bestimmte Voraussetzungen. So ist z. B. eine Aktienzeichnung ungültig ohne die Voraussetzung, dass ein Statutenentwurf vorliegt, denn die Zeichnung muss auf den Entwurf Bezug nehmen.

Ausser acht lassen wir hier die Spezialvorschriften für die qualifizierte Gründung. Wir verweisen dafür auf das III. Kapitel.

Zunächst besprechen wir die Voraussetzungen und hierauf die Form der Aktienzeichnung.

I. Voraussetzungen der Aktienzeichnung.

Diese sind verschieden, je nachdem eine Sukzessiv-, eine Simultangründung oder eine Kapitalerhöhung vorliegt.

A. Bei der Sukzessivgründung.

1. **Der Statutenentwurf.** a) Form desselben: Den Statutenentwurf aufzustellen ist die erste aktienrechtliche Aufgabe, die die Gründer zu erfüllen haben.[39]) Der Entwurf muss authentisch sein,

[39]) OR. Art. 615. E. III Art. 627.

das heisst die Gründer müssen ihn unterzeichnen. Es darf sich nicht um ein blosses formloses Statutenprojekt handeln, sondern um einen schriftlichen, unterzeichneten Entwurf.

b) Inhalt des Entwurfes: Dieser ist zum Teil vom Gesetze erzwungen.[40]) Von besonderem Interesse für die vorliegende Arbeit ist, dass laut Art. 616, Zif. 4 und 5 OR. und E. III, Art. 625, Zif. 3 der Statutenentwurf genaue Angaben über die Höhe des Grundkapitals und der Aktien, wie über die Art derselben machen muss.

c) Statutenentwurf und Zeichnung: Die Zeichnung bedarf zu ihrer Gültigkeit einer Bezugnahme auf den Statutenentwurf.[41]) Durch arg. e contr. der unten bezeichneten Gesetzesstellen ergibt sich, dass Zeichnungen ohne Bezugnahme auf die Statuten ungültig, also «nichtig» sind. Diese «Nichtigkeit» ist aber vom Bundesgericht nicht als eine absolute angesehen worden.[42]) Sie kann durch die tatsächliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den Zeichner geheilt werden.[43]) Die Bezugnahme der Zeichnung auf die Statuten (und den Prospekt) ist zum Schutze des Zeichners verlangt. Der Zeichner kann deshalb nachträglich, sei es ausdrücklich, sei es durch concludentes Verhalten, den Statuten die Zustimmung erteilen. Eine solche Zustimmung darf aber nicht aus einem bloss passiven Verhalten des Zeichners geschlossen werden. Stillschweigen des Zeichners bedeutet noch keine Zustimmung.

Die Zeichnung ohne Bezugnahme auf die Statuten ist demnach ein hinkendes Rechtsgeschäft (und nicht nichtig im strengen Sinne).

Die zweite Frage lautet: Ist die Zeichnung unter Bezugnahme auf ein *unvollständiges* Statut verbindlich? Unter Statut versteht man eine Schrift von besonderem Inhalt. Nicht eine beliebige Skriptur ist ein Statut, auch wenn sie diesen Titel trägt. Das Gesetz sagt, welche Inhaltsangaben in ihrer Summe ein Statut ausmachen und es tut dies in zwingender Weise. «Die Statuten *müssen* insbesondere bestimmen ...» [44]) Fehlt somit eine notwendige Bestimmung, so ist logischerweise kein Statut vorhanden und die Zeichnung unter Bezugnahme darauf ungültig. Eine Heilung ist aber selbstverständlich in der gleichen Weise möglich, wie wenn

[40]) OR. Art. 616 und E. III Art. 625.

[41]) Vgl. OR. Art. 617, Abs. 4, und E. III Art. 630, Abs. 1.

[42]) B. G. E. 41, II, S. 588, E. 2; Pr. IV No. 209: «La nullité visée (par cette disposition) n'est pas nécessairement une nullité absolue et irrémédiable.»

[43]) Durch Teilnahme an der konstituierenden Generalversammlung, Annahme einer Verwaltungsratsstelle etc. Vgl. auch Wieland, Bd. II, S. 61, und F. N. 33.

[44]) Vgl. Art. 616 OR. und E. III Art. 625.

überhaupt kein Statut vorliegen würde und wird tatsächlich leichter sein.[45])

2. **Der Prospekt.** a) Prospektzwang und Form: Nach geltendem Recht ist für jede Sukzessivgründung ein Prospekt auszugeben, der der gleichen Form bedarf, wie der Statutenentwurf (Schriftlichkeit und Unterschrift der Gründer).[46]) Der E. III hat den Prospektzwang eingeschränkt. Ein Prospekt ist nach Art. 629, Abs. 3 nicht notwendig, wenn die Zeichnungsscheine selbst den für den Prospekt gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt und die Unterschrift aller Gründer enthalten.

b) Inhalt des Prospektes: Dieser ist vorgeschrieben in Art. 617, Abs. 4 OR. und E. III. Art. 629, Abs. 2. Nicht aufgenommen hat der E. III das Erfordernis, dass der Prospekt Angaben über «die Grundlagen, nach denen der voraussichtliche Erfolg des Unternehmens beurteilt wird» machen muss. Dies ist meines Erachtens nur von Vorteil. Man wird kaum irgendwo in der Welt einen Prospekt finden, der ungünstige Grundlagen für diese Voraussicht angibt. Der gewiegte Kaufmann wird auf Grund eines glänzenden Prospektes keine Aktien zeichnen. Er wird Informationen aus besserer Quelle beziehen und sich selbst ein Urteil über den wirtschaftlichen Erfolg des künftigen Unternehmens bilden. Für den Nichtkaufmann, der diese Dinge weniger kritisch beurteilen kann, ist eine solch einseitige Voraussage nur ein Anreiz, ohne fachmännischen Rat und eigene Ueberlegung zu zeichnen. Haftungsfälle aus solchen Angaben werden kaum entstehen. Dazu braucht es nach Art. 671, Ziff. 1 OR. eine *wissentlich* unwahre Begutachtung durch die Gründer, und da die Grundlagen, auf denen eine solche aufgebaut ist, mehr oder weniger eine Frage der subjektiven Wertung darstellen, wird die Wissentlichkeit selten nachzuweisen sein. Es handelt sich eben um Prophezeiungen, und nicht jeder, der prophezeit, ist ein Prophet. Der E. III ist auch in dieser Beziehung strenger. Er verbietet natürlich eine wirtschaftliche Begutachtung im Prospekt nicht, dehnt aber die Haftung für die gemachten Angaben auch auf *fahrlässige* Unwahrheit aus.[47])

c) Prospekt und Zeichnung: Die Zeichnung bedarf zu ihrer Gültigkeit, gleich der Bezugnahme auf die Statuten, einer solchen auf den Prospekt.[48]) Wichtiger als die Bezugnahme auf den Prospekt ist diejenige auf die Statuten. Wenn somit die Heilung für die Unterlassung der Zeichnungsbezugnahme auf die Statuten möglich ist, ist sie auch in Bezug auf den Prospekt möglich.

---

[45]) Vgl. Bachmann, Kommentar zu Art. 616, Anm. 1.
[46]) OR. Art. 617, Abs. 3, und E. III Art. 629, Abs. 1.
[47]) E. III Art. 746.
[48]) OR. Art. 617, Abs. 5, und E. III Art. 630, Abs. 1.

3. **Haftungsverhältnisse.** Unter den Ziff. 1 und 2 sahen wir, dass die Zeichnung zu ihrer Gültigkeit auf den Statutenentwurf und den Prospekt Bezug nehmen muss. Fraglich ist nun, wer für die Liberierung haftet, wenn sich der Zeichner nachträglich auf einen diesbezüglichen Mangel beruft? Es sind zwei Fälle denkbar:

1. Der Zeichner will trotz dem Mangel Mitglied der Gesellschaft bleiben und verlangt von den Verantwortlichen Ersatz eines eventuell erlittenen Schadens. In diesem Falle ficht er die Zeichnung als solche nicht an, und er haftet somit für die Liberierung. Dieser Fall interessiert uns demnach nicht.

2. Der Zeichner macht aus dem Mangel eine Einrede geltend. Die Zeichnung wird dadurch nichtig. Infolgedessen kann der Zeichner seine Einzahlung zurückfordern und muss anderseits die erhaltenen Aktien der Gesellschaft zurückgeben. Dadurch wird das Grundkapital geschwächt und die Gesellschaft erleidet damit einen Schaden. Für diesen Schaden haften diejenigen Personen, die die mangelhafte Zeichnung aktienrechtlich verwerteten. Die Haftung ist aber nicht durch Art. 671 OR. gegeben, denn dieser statuiert die Haftung für wissentlich *falsche* Angaben in Prospekten etc. Hier handelt es sich nun nicht um unwahre Angaben, sondern um das *Fehlen* eines Prospektes oder dessen Unvollständigkeit. Also entsteht die Haftung aus Art. 41 ff OR. Da die Haftenden an das Grundkapital leisten müssen, können sie auch die Aktien für sich beanspruchen, denn sie haften für deren Liberierung. Wenn die Haftung auch nicht durch Zeichnung entstanden ist, sondern durch unerlaubte Handlung, so geht sie inhaltlich auf die Reparation des entstandenen Schadens, d. h., sie haften in gleicher Weise (wenigstens im Zweifel) wie der Zeichner für die Liberierung, also gleich der Haftung aus originärem Aktienerwerb nach Art. 636, Abs. 2 oder Art. 637, Abs. 7 OR.

Die Haftung aus Art. 41 OR. verjährt aber nach Art. 60 OR. in einem Jahr, seit der Geschädigte (hier die Aktiengesellschaft) Kenntnis vom Schaden hat, in allen Fällen aber in 10 Jahren seit der schädigenden Handlung. Die schädigende Handlung ist darin zu erblicken, dass die Gründer keinen Prospekt herausgaben. Zur Klage legitimiert ist die Aktiengesellschaft. Unterlässt die Verwaltung die rechtzeitige Klageerhebung, so sind ihre verantwortlichen Mitglieder wieder haftbar aus Art. 673 OR. (Vgl. auch Art. 674 und 675 OR.) Eine Einredeverjährung kennt das Gesetz nicht. Im Interesse der Gesellschaft muss aber angenommen werden, dass eine Einrede der mangelhaften Zeichnung auch nur innert zehn Jahren nach obiger Fristbemessung möglich ist. Die Interessen der Gesellschaft und des Aktionärs sind eben nicht in gleicher Weise

gegeneinander zu stellen, wie die der Vertragsparteien, und man darf ruhig praesumieren, dass der Zeichner auf jede Einrede aus dem Zeichnungsmangel verzichtete, wenn er zehn Jahre lang nichts sagte.

Die Einrede kann auch nur der Zeichner für sich geltend machen. Die Bezugnahmevorschriften sind zum Schutze des Zeichners da und nicht zum Schutze später hinzutretender Aktionäre.

Der E. III hat die Haftung in Art. 746 statuiert. Danach haftet jeder, der absichtlich *oder fahrlässig* mitgewirkt hat, dass bei der Gründung unwahre *oder den gesetzlichen Erfordernissen* nicht entsprechende Angaben gemacht wurden. Keine oder unvollständige Angaben entsprechen eben den gesetzlichen Erfordernissen nicht. (Die Haftung aus Art. 746 ist aber nur für Prospektangaben vorgesehen.) An Stelle der einjährigen Verjährungsfrist tritt nach Art. 754, Abs. 1 eine fünfjährige. Damit hat auch die Untersuchung, ob die Schadenshaftung deliktischer oder vertraglicher Natur sei, nur noch theoretische Bedeutung.

Im grossen ganzen werden derartige Haftungsfälle selten sein, da Statut und Prospekt Voraussetzungen des Eintrages sind. (Vgl. Art. 638, Abs. 3, Zif. 3 des E. III).

B. Bei der Simultangründung.

Bei dieser Gründungsart ist die einzige Voraussetzung die formrichtige Festsetzung des Statutes (unterschrieben von allen Gründern).

Nach geltendem Recht [49]) müssen die Statuten selbst feststellen, dass sämtliche Aktien übernommen sind, was in öffentlicher Urkunde zu bestätigen ist. Da die Statuten von allen Aktionären (welche notwendigerweise alle die Gründereigenschaft besitzen) unterzeichnet sein müssen, können Einreden von der besprochenen Art nicht entstehen. Für den E. III vgl. Art. 636, Abs. 2, Ziff. 1 und 2.[50])

C. Bei der Kapitalerhöhung.

Jede Aktiengesellschaft kann ihr Grundkapital durch eine Neuemission von Aktien erhöhen. Diese müssen, wie alle Aktien, gezeichnet werden. Die erste und wichtigste Voraussetzung für diese Zeichnung ist ein Erhöhungsbeschluss.

1. **Der Erhöhungsbeschluss.** a) Zuständigkeit und Form: Da die Kapitalerhöhung eine Statutenänderung bedingt, kann nur die

[49]) OR. Art. 618, Abs. 1 in fin.

[50]) Für weiteres verweisen wir auf Silbernagel, S. 109 ff., S. 316 f. und S. 322 ff.; Wieland, Bd. II, S. 56 ff.

Generalversammlung eine solche beschliessen.[51]) Es ist ein ausschliessliches Requisit der Generalversammlung. Weder das geltende Recht, noch der E. III verlangt für diesen Beschluss eine qualifizierte Mehrheit.[52]) Die Statuten können aber eine solche vorsehen.[53]) Der E. III sieht eine qualifizierte Mehrheit nur vor, wenn eine Emission von Vorzugsaktien beabsichtigt ist.[54]) Diese Vorschrift ist jedoch nicht zwingend und kann demnach durch die Statuten anders geregelt werden.

b) Inhalt des Beschlusses: Da es sich um eine Abänderung der Statuten handelt, muss ihr neuer Inhalt festgesetzt werden. Gemäss Art. 616, Ziff. 4 und 5 OR. muss der Beschluss Auskunft geben über die Summe, um die das Grundkapital erhöht werden soll. Ferner über die Höhe der Aktien und ihre Eigenschaft.[55]) Nicht nötig ist, dass die Generalversammlung selbst über die Modalitäten der Emission Beschluss fasst, insbesondere über diejenigen Bestimmungen, die den Inhalt des Prospektes ausmachen.[56]) Sie kann auch dies kraft ihrer Kompetenzkompetenz tun, braucht es aber nicht. Notwendig ist nur, dass die Generalversammlung über diejenigen Punkte Beschluss fasst, die den Inhalt der Statuten ändern, das übrige kann sie der Verwaltung überlassen.[57]) So kann insbesondere die Generalversammlung die Bestimmung des Zeitpunktes der Emission der Verwaltung überlassen. Diese Möglichkeit führt dazu, dass die Statuten eine Erhöhung des Grundkapitals ursprünglich oder durch nachträgliche Aenderung vorsehen können. Man spricht dann von einem autorisierten Kapital. Ist dies der Fall, so braucht es logischerweise zur Erhöhung des Grundkapitals keines Generalversammlungsbeschlusses.[58]) Streitig ist zur Zeit noch, ob der E. III endgültig ein autorisiertes Grundkapital zulassen will.[59])

c) Der Beschluss der Generalversammlung ist öffentlich zu beurkunden.[60]) Die in Fussnote 60 angegebenen Gesetzesartikel verlangen nur die Beurkundung des statutenändernden Beschlusses

[51]) OR. Art. 644, Abs. 4, Zif. 2; E. III Art. 696, Abs. 2, Zif. 4; Wieland, Bd. II, S. 167.

[52]) OR. Art. 626; E. III Art. 649, Abs. 3.

[53]) OR. Art. 616, Zif. 9, und E. III Art. 626, Zif. 11.

[54]) E. III Art. 654, Abs. 1, in Verbindung mit Art. 648.

[55]) Für den E. III Art. 625, Zif. 3.

[56]) Für die Festsetzung des Ausgabepreises der Aktien, der Zeichnungs- und Einzahlungsstellen, der Zeitdauer der Verbindlichkeit der Zeichnung etc.

[57]) Vgl. Wieland, Bd. II, S. 167, insbes. F. N. 23 und zitierte Literatur.

[58]) Ohne Ausnahme muss aber die Generalversammlung nach durchgeführter Zeichnung diese und die Einzahlungen konstatieren.

[59]) H. Kuhn, Die Aktiengesellschaft im Entwurfe des rev. OR.; Z. B. J. V., Bd. 69, Heft 2, S. 54.

[60]) OR. Art. 626, Abs. 1, und E. III Art. 646.

und nicht auch diejenige über die Modalitäten der vorzunehmenden Aktienemission.

d) Mängel dieser Voraussetzungen: Der Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung ist die Grundlage der Kapitalerhöhung. Fehlt dieser, so sind alle auf eine Kapitalerhöhung tendierenden Rechtsgeschäfte nichtig.[61]) Zu weit scheint mir Wieland[62]) zu gehen, wenn er auch für Formfehler in der Beschlussfassung, z. B. ein Beschluss ohne das vorgeschriebene qualifizierte Mehr, die Nichtigkeit als Folge annimmt. Logisch ist zwar diese Annahme richtig. Wenn die Generalversammlung zuständig ist zur Entscheidung, ob das Grundkapital erhöht werden soll oder nicht, so kann sie diese Willenskundgebung nur in der durch Gesetz oder Statut vorgesehenen Weise bezeugen. Auch der Eintrag ins Handelsregister, das zwar durch die Annahme der Heilungstheorie eine gewisse Zauberkraft hat, vermöchte diese Nichtigkeit nicht zu heilen. Dies ginge in praxi zu weit. Nimmt man z. B. an, dass die Nichtigkeit erst nach langer Zeit geltend gemacht würde (dazu legitimiert ist jeder zu jeder Zeit), nachdem vielleicht die Verwaltung schon längst aus den neuen «Aktionären» gebildet wurde, käme man bei Annahme einer absoluten Nichtigkeit zu unmöglichen Folgerungen, die die Existenz der juristischen Person überhaupt in Frage stellen würde. Aus diesem Grunde genügt meines Erachtens die Anfechtbarkeit. Diese ist zwar nach geltendem Recht zeitlich auch nicht beschränkt, aber die Aktivlegitimation umfasst immerhin einen engeren Kreis von Personen.[63]) Endlich hat der E. III in Art. 703, Abs. 3 die Anfechtungsklage der Verwaltung und des Aktionärs nur innert drei Monaten nach der Generalversammlung zugelassen. Damit bekommt der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eine viel grössere Bedeutung. Formfehler in der Beschlussfassung werden durch das Erfordernis der öffentlichen Verurkundung selten sein.

2. **Der Prospekt.** a) Prospektzwang und Form: Ein Prospekt ist nur verlangt, wenn eine öffentliche Aktienzeichnung stattfindet[64]) oder die Uebernehmer der Aktien dieselben hernach öffentlich zur Zeichnung auflegen.[65]) Nicht nötig ist er demnach, wenn die Zeichnung auf die Mitglieder der Gesellschaft beschränkt bleibt oder sich die Zeichnungseinladung nur an bestimmte aussenstehende Personen richtet.

---

[61]) Vgl. B. G. E. Pr. V, No. 26; Wieland, Bd. II, S. 166, und zit. Literatur.
[62]) S. 166, F. N. 18; dagegen R. G. E in Staub, Kommentar zu § 287, Anm. 3.
[63]) Vgl. die Ausführungen Wielands, Bd. II, S. 102 ff.
[64]) OR. Art. 626, Abs. 4, und E. III Art. 650.
[65]) Weiteres hierüber später; OR. Art. 626, Abs. 5, und E. III Art. 650.

Für die Form des Prospektes verweisen wir auf lit. A, Ziff. 2 a des § 4.

b) Inhalt: Der notwendige Inhalt des Prospektes ist aufgezeichnet in Art. 626, Abs. 4 OR. und E. III, Art. 650. Der E. III hat die inhaltlichen Erfordernisse des Prospektes vereinfacht und nach geltendem Rechte notwendige Inhaltsbestimmungen nicht mehr aufgenommen.[66])

c) Prospekt und Zeichnung: Vergl. darüber die Ausführungen unter lit. A, Zif. 2 c des § 4.

3. **Die Anmeldung beim Handelsregister.** a) Nach geltendem Recht: Die bisherige Praxis unter dem geltenden Recht ist in Bezug auf den Zeitpunkt der Anmeldung beim Handelsregister unklar. Wir sahen, dass die Voraussetzung zur Kapitalerhöhung ein verurkundeter Beschluss der Generalversammlung ist. Dieser Beschluss sollte nun nach Art. 626, Abs. 2 OR. beim Handelsregister angemeldet werden. Mit dem Eintrage und der Veröffentlichung muss aber zugewartet werden, bis die Verwaltung die Belege über die vollständige Zeichnung und die minimalen Einzahlungen einreicht.[67]) Allein, wie mir eine Umfrage zeigte, verlangen die Handelsregisterführer die erste Anmeldung gar nicht, sondern begnügen sich mit der Anmeldung nach erfolgter Zeichnung, zusammen mit den Belegen über die vollständige Zeichnung und den erfolgten Einzahlungen, worauf die Kapitalerhöhung eingetragen wird. Dies führt nun dazu, dass die Verwaltung Aktien zur Zeichnung auflegt und erst nach erfolgter Zeichnung von der Generalversammlung die Statutenänderung beschliessen lässt. Diese Methode widerspricht sowohl dem Gesetz, als auch dem Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 4. April 1923.[68]) Ob sich dabei die Verwaltung für die Durchführung der Aktienzeichnung auf einen einfachen Generalversammlungsbeschluss stützt oder nicht, ist aktienrechtlich irrelevant. Die Generalversammlung kann einen statutenändernden Beschluss nicht ohne öffentliche Verurkundung fassen, und sie kann sich durch einfachen Beschluss nicht bindend verpflichten, später einen solchen formrichtig zu fassen. In diesem Punkte schafft auch der E. III Klarheit.

b) Nach Entwurf III: Art. 652, Abs. 1 verlangt nun, dass der Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals dem Handelsregister angemeldet[69]) werde. Hierauf wird die Zeichnung durchgeführt. Nachdem muss die Generalversammlung die vollständige

[66]) Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates zum E. III, S. 28.
[67]) OR. Art. 626, Abs. 2; B. G. E. Pr. V, No. 26, E. 6 und 7.
[68]) Vgl. die Ausführungen unter Zif. 1.
[69]) Mit der Eintragung muss noch gewartet werden.

Zeichnung und die erforderlichen Einzahlungen feststellen, und auch dieser Feststellungsbeschluss muss dem Handelsregisterführer mitgeteilt werden. Erst gestützt auf den angemeldeten Erhöhungsbeschluss und den (später) angemeldeten Feststellungsbeschluss darf die Kapitalerhöhung eingetragen und veröffentlicht werden.[70]) (Der Ständerat hat den E. III dahin abgeändert, dass die Feststellung der vollständigen Zeichnung durch die Verwaltung konstatiert werden soll, was meiner Ansicht nach praktischer wäre.) Durch diese Bestimmung, die den Charakter einer Ordnungsvorschrift hat, will das künftige Recht eine ordnungsgemässe Kapitalerhöhung erzwingen. Auch der Zeichner hat eine gewisse Gewähr dafür, dass der Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung, auf den die Zeichnung laut Art. 649, Abs. 3 Bezug zu nehmen hat, formrichtig gefasst wurde. Der Handelsregisterführer wird auch bei dieser ersten Anmeldung schon zu prüfen haben,[71]) ob der Beschluss den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Ist dies nicht der Fall, fehlt z. B. die öffentliche Urkunde, wird er die Entgegennahme der Anmeldung verweigern. Die Aktiengesellschaft wird in eigenem Interesse den rechtmässigen Zustand herstellen, bevor sie zur Zeichnungsauflage schreitet, wenn sie den Strafbestimmungen des Art. 925 und eventuell Schadenersatzansprüchen entgehen will.

Das Unterlassen dieser ersten Anmeldung hat aber nicht die endgültige Verweigerung des späteren Eintrages zur Folge. Die Aktiengesellschaft kann durch die öffentliche Urkunde immer noch beweisen, dass der Zeichnung ein Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung vorausgegangen ist.

II. Form und Inhalt der Zeichnung.

A. Die Form der Zeichnung.

1. **Bei der Sukzessivgründung und der Kapitalerhöhung.** Sowohl nach geltendem Recht (OR. Art. 617, Abs. 4), wie nach dem E. III (Art. 630, Abs. 1) ist die Schriftlichkeit Gültigkeitsrequisit der Zeichnung.[72]) Es finden somit die Bestimmungen der Art. 12 ff. Anwendung. Nach schweizerischem Recht ist nicht für jede Zeichnung eine besondere Urkunde notwendig; es genügt der Eintrag in sogenannte Zeichnungsbogen.[73])

---

[70]) Vgl. für die erste Anmeldung auch das Protokoll der Expertenkommission, 1928, S. 222, zu dem E. II.

[71]) Art. 922, Abs. 1.

[72]) OR. Art. 11, Abs. 2.

[73]) Vgl. Behrend, Bd. I, 2, S. 733 ff.; Silbernagel, S. 123 ff. und 125 ff; Lehmann, Bd. I, S. 327 ff.

2. **Bei der Simultangründung.** Hier ist die Schriftlichkeit ebenfalls Gleichgültigkeitserfordernis. Die Gründer müssen das Statut *unterzeichnen.*[74]) Dieses muss dann Aufschluss geben, wieviele Aktien der einzelne Gründer übernimmt. Meist wird das so gemacht, dass hinter die Namen jedes Gründers die Anzahl der von ihm übernommenen Aktien angegeben wird.

B. Inhalt der Zeichnung.

Wir haben uns hier, nach dem oben unter Ziff. 2 Gesagten, nur noch mit dem Inhalte der Zeichnungserklärung bei der Sukzessivgründung zu befassen.

Die Zeichnung muss Bezug nehmen auf den Statutenentwurf und den Prospekt.[75])

Nicht im Gesetz ausdrücklich gesagt, aber selbstverständlich ist, dass die Zeichnungserklärung angeben muss, wieviele Aktien der Zeichner übernehmen will und, wenn verschiedene Aktien ausgegeben werden, von welcher Art.

Weder das geltende Recht noch der E. III geben Auskunft über die Folgen der mangelhaften Zeichnung. Behrend [76]) nimmt zum Teil absolute, zum Teil heilbare Nichtigkeit an.[77]) Meines Erachtens sind alle Zeichnungsmängel heilbar, nie nichtig. Der Mangel kann durch ein tatsächliches Verhältnis geheilt werden. Wann dieses vorhanden ist, ist eben Tatfrage. Nehmen wir zum Beispiel an, die Zeichnung gebe keine Auskunft über die Anzahl der zu übernehmenden Aktien. Der Zeichner zahlt aber (nach Aufforderung durch die Gründer) die erste Rate für eine *bestimmte* Zahl von Aktien ein, übt später sein Stimmrecht im Verhältnis zu dieser Aktienzahl aus und empfängt dafür auch die Dividende, so ist durch dieses eingetretene Verhältnis der einstige Zeichnungsmangel geheilt.

Das OR. und der E. III [78]) sagen nur: «Die Zeichnungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit . . .» Der E. III, der an einigen Stellen das Wort «nichtig» braucht,[79]) hat es hiebei nicht verwendet, sondern nur (negativ gedacht) von Ungültigkeit gesprochen. Die Nichtigkeit ist aber schwerwiegender als die Ungültigkeit,[80]) so

[74]) OR. Art. 618, Abs. 1, und E. III Art. 636, Abs. 1.

[75]) Vgl. dazu die Ausführungen unter Zif. I, lit. A.

[76]) S. 733, § 104.

[77]) Vgl. auch Wieland, Bd. II, S. 60 f; mangelhafte Zeichnungen sollen natürlich von den Gründern unberücksichtigt bleiben, sonst haften sie für einen eventuellen Schaden; vgl. Zif. I, lit. A 3.

[78]) OR. 617, Abs. 4, und E. III Art. 630, Abs. 1.

[79]) Vgl. die Art. 643, Abs. 1, 652, Abs. 2, und 637, Abs. 2.

[80]) Nichtiges ist und bleibt nichts; Ungültiges wird rechtskräftig, sobald der Mangel, der die Ungültigkeit verursachte, behoben ist.

dass meines Erachtens die oben angenommene Heilungsmöglichkeit wohl anzunehmen ist.[81])

Diese Schwierigkeiten ruhen im formalen Gesetzesrecht über die Aktiengesellschaft. Jedes System hat den Vorteil, dass man mit reiner Logik Schlüsse ziehen kann. Angewandt auf die Praxis, ist dies aber gerade ein Nachteil. Das Wirtschaftsleben, wie das Leben überhaupt, ist zu mannigfaltig, als dass es sich in ein System hineinzwängen liesse. So ist man genötigt, und das Gesetz tut es selber auch,[82]) dieses immer wieder zu durchbrechen. Dadurch bleibt weder ein in sich geschlossenes System übrig, noch ein völliges Anpassungsvermögen an die tatsächlichen Verhältnisse. Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, kann man nur durch ein vernünftiges Abwägen beheben.

§ 5.

Die Zeichnungsannahme, ihre Bedingtheit und Einreden.

I. Die Zeichnungsannahme.

Naturgemäss beschäftigt uns hier nur die Sukzessivgründung und die Kapitalerhöhung, denn von Zeichnungsannahme kann man nur in diesen Fällen sprechen.

Wie wir in § 3 ausführten, ist die Zeichnung allgemein eine empfangsbedürftige Erklärung. Die Empfangsbedürftigkeit erleidet nur eine Ausnahme in zwei Fällen:

Bei direkter und bestimmter Zeichnungsaufforderung an bestimmte Personen durch die Gründer.[83]) Diese ist als Analogon zur Offerte zu betrachten. Die zweite Ausnahme ist vorhanden bei der Geltendmachung von Bezugsrechten bisheriger Aktionäre für neu zu emitierende Aktien.[84])

In allen übrigen Fällen ist die Zeichnung empfangsbedürftig, sei es durch die Gründer oder durch die Aktiengesellschaft selbst.[85])

Bis zur Zeichnungsannahme ist der Zeichner einseitig gebunden.

A. Auswahl der Zeichner.

Prinzipiell sind die Gründer (oder bei der Kapitalerhöhung die Aktiengesellschaft) völlig frei, ob sie die Zeichnungen annehmen

[81]) Für übrige Fragen vgl. Silbermann, S. 127 ff.

[82]) Z. B. E. III Art. 642, Abs. 1.

[83]) Dies kommt am häufigsten bei der Gründung einer Familien-A.-G. vor, wenn der Familienkreis nicht alle Aktien übernehmen will oder kann.

[84]) Dazu E. III Art. 651.

[85]) Bei der Kapitalerhöhung.

wollen oder nicht. Sie sind nur verpflichtet, Zeichnungen von Personen, die ihres Wissens nach zahlungsunfähig sind, nicht anzunehmen. Das geltende Recht kat keine ausdrückliche Bestimmung darüber. Die Haftung infolge Annahme von Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen ergibt sich aus Art. 41 ff OR. Der E. III hat diesen Haftungsfall in Art. 747, Zif. 3 aufgenommen. Im Gegensatz zu den übrigen Haftungsfällen in Zif. 1 und 2 dieses Artikels tritt die Haftung nur bei Wissentlichkeit, nicht aber bei Fahrlässigkeit ein. Daraus folgt, *dass die Gründer die Zahlungsfähigkeit der Zeichner vermuten dürfen.*

B. Zeitdauer der Verbindlichkeit der Zeichnung.

Geltendes Recht [86]) und E. III [86]) bestimmen, dass dem Zeichner die Zeitdauer der Verbindlichkeit der Zeichnung zum vornherein bekannt sein muss. Nach diesem Zeitpunkt kann der Zeichner nicht mehr rechtsgültig verpflichtet werden. Ueber die Folgen der Nichtangabe der Zeitdauer der Verbindlichkeit und die Heilungsmöglichkeit haben wir in § 4, Zif. I, lit. A 2c gesprochen.[87])

C. Form der Zeichnungsannahme.

In der Praxis wird die Annahme der Zeichnung fast ausschliesslich schriftlich mitgeteilt. Die Literatur anerkennt durchwegs als Annahme auch die Einladung zur ersten Generalversammlung. Das OR. und der E. III haben für die Annahme keine besondere Form vorgesehen. Da aber die Zeitdauer der Verbindlichkeit der Zeichnung dem Zeichner zum vornherein bekannt sein muss (vergl. Lit. B), und er nach dieser Zeit frei wird, folgt daraus, dass *Stillschweigen als Ablehnung der Zeichnung zu betrachten ist.*[88])

D. Wirkung der Zeichnungsannahme.

Mit der Annahme der Zeichnung sind die subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Zeichners für die Liberierungspflicht erfüllt. Diese selbst ist allerdings objektiv noch suspensiv bedingt, das heisst, sie ist abhängig vom Zustandekommen der Aktiengesellschaft,[89]) also vom Eintrag ins Handelsregister.[90])

Wir werden über die Bedingtheit der Zeichnung unter der Ziff. II sprechen.

---

[86]) OR. Art. 617, Abs. 3, Zif. 2, und Art. 626, Abs. 4, Zif. 9; E. III Art. 629, Abs. 2, Zif. 2, und Art. 650, Zif. 8.

[87]) Vgl. auch noch § 4, Zif. II.

[88]) Vgl. Averbeck, Die Annahme der Zeichnung, S. 16 ff. Anderer Meinung ist Behrend, Bd. I, S. 739, F. N. 11.

[89]) OR. Art. 617, Abs. 1; E. III Art. 630, Abs. 2.

[90]) OR. Art. 623, Abs. 1; E. III Art. 641.

Der Zeichner hat durch die Zeichnungsannahme ein unentziehbares Recht, Mitglied der Aktiengesellschaft zu werden.[91]) Die Gründer können nach der Annahme nur noch zahlungsunfähige Zeichner ausschliessen,[92]) in sinngemässer Anwendung von Art. 83 OR. Insbesondere sind die Zeichner nunmehr verpflichtet, die gesetzlich oder statutarisch verlangten Einzahlungen zu leisten.

Im folgenden wollen wir nun noch die Wirkung der Zeichnungsannahme und der Einzahlung bei der Kapitalerhöhung und der Sukzessivgründung getrennt behandeln.

1. **Bei der Kapitalerhöhung.** In dem schon zitierten Entscheide des Bundesgerichts (Pr. V, No. 26) ist in E. 8 ausgeführt: «..., so entfällt damit auch die Berechtigung, aus dem Abs. 3 des Art. 626 den Rechtssatz abzuleiten, dass die beschlossene Emission so lange wirkungslos bleibe, als nicht ein die Durchführung derselben konstatierender Generalversammlungsbeschluss im Handelsregister eingetragen ist. Freilich darf (wie oben bemerkt) die Kapitalserhöhung, als vollendete Tatsache, erst eingetragen und publiziert werden, nachdem die in Art. 618 bezeichneten Erfordernisse der vollständigen Zeichnung und der erforderlichen Einzahlung erfüllt sind. Allein das Gesetz schreibt weder vor, dass die Feststellung dieser Tatsache nur durch Generalversammlungsbeschluss im Sinne von Art. 626 erfolgen könne, noch dass etwa Aktien, die vor dem Eintrag der tatsächlich durchgeführten Emission ausgegeben würden, nichtig seien.» Ferner in E. 9: «Auf Grund des regelrecht gefassten und eingetragenen Beschlusses der Generalversammlung der Beklagten waren die Organe derselben ermächtigt, die beschlossene Emission durchzuführen, also die Zeichnungen und Einzahlungen auf das zu erhöhende Grundkapital entgegenzunehmen. Wenn sie dies taten, und dagegen durch Uebergabe der entsprechenden Titel die Zeichner in den Stand setzten, sich zur Teilnahme an künftigen Generalversammlungen und zum Bezug von Dividenden zu legitimieren, so bekundeten sie im Namen der Aktiengesellschaft die Annahme der Zeichnungen und die Aufnahme der Zeichner in die Gesellschaft. Damit sind die Zeichner Aktionäre geworden und die Voraussetzungen, unter welchen Zeichnung und Einzahlung geschehen, erfüllt, und zwar auch dann, wenn die tatsächlich vollzogene Emission noch nicht im Handelsregister eingetragen war; denn im Unterschied zum deutschen Aktienrecht bestimmt das eidg. OR. nicht, dass vor jener Eintragung neue Aktien nicht ausgegeben werden können. Diesem Rechtszustand kann de lege ferenda mit guten Gründen entgegen-

[91]) B. G. E. Pr. II, No. 184.
[92]) Wieland, Bd. II, S. 63.

getreten werden, de lege lata lässt sich daran nicht wohl ändern.» Endlich wird in der gleichen E. weiter ausgeführt: «... dass zum mindesten die Nichtigkeit der vor der Eintragung der vollzogenen Emission ausgegebenen Aktien ausdrücklich im Gesetz hätte ausgesprochen werden müssen. Zu einem Analogieschluss auf Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes darf sich der Richter, mit Rücksicht auf den guten Glauben und die Sicherheit des Verkehrs, ohne Not nicht entschliessen.» Damit ist folgendes gesagt: Die Organe der Gesellschaft sind ermächtigt, Aktien auszugeben, sobald ein eingetragener Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung vorliegt. Dem Erhöhungsbeschluss steht der Fall gleich, wo die Statuten zum vornherein eine Kapitalerhöhung vorsehen. In diesen beiden Fällen entstehen die Aktien durch die Tatsache ihrer Ausgabe. Dieses Vorgehen hat nun das Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes [93]) vom 4. April 1923 unterbunden. Darin steht unter der Ziff. 3, Abs. 3: «Für das Handelsregister kommt nur der tatsächliche, *von der Generalversammlung konstatierte* und in den Statuten bestimmte Betrag des ausgegebenen Grundkapitals in Betracht. Inskünftig soll daher nur dieser Betrag im Handelsregister eingetragen und publiziert werden, *nicht* aber statutarische Bestimmungen über den Betrag einer in Aussicht genommenen, spätern Erhöhung und deren Durchführung.» Somit ist die Möglichkeit, Aktien auf Grund statutarischer Bestimmung sukzessive (von der Souche) herauszugeben, genommen; dies aber nur, wie das Kreisschreiben selber sagt, künftighin. Durchgreifend und prinzipiell ändernd ist der Art. 652 des E. III. Wir haben in § 4, Ziff. I, Lit C 3b gesagt, unter welchen Bedingungen der E. III den Eintrag der Kapitalerhöhung zulässt. Vor dem Eintrag ausgegebene Aktien erklärt der E. III für *nichtig*. Die tatsächlichen Verhältnisse müssen aber trotzdem einen bestimmenden Einfluss ausüben. Nehmen wir wieder an, dass eine Aktiengesellschaft ihr Grundkapital zu erhöhen beschliesst, diesen Beschluss nach Art. 652, Abs. 1 (E. III) beim Handelsregister anmeldet, nun aber neue «Aktien» [94]) ausgibt und es vorläufig dabei bewenden lässt, sagen wir in der Absicht, zu gelegentlicher Zeit die Eintragung zu veranlassen. Die neuen «Aktionäre» üben ihre Rechte und Pflichten aus, sitzen eventuell sogar im Verwaltungsrat. Nun kommt die Aktiengesellschaft in Konkurs. Nach obigem Entscheid des Bundesgerichtes könnten nun die neuen «Aktionäre» die cond. causa data causa non secuta anstrengen und anstatt, dass sie ihre Aktien voll liberieren müssten, könnten sie unter Verrechnung des

[93]) An die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Handelsregister.
[94]) Diese sind nach Art. 652, Abs. 2, n i c h t i g.

Empfangenen (Dividende) ihre Einzahlung zurückfordern. Es ist sofort einzusehen, dass ein solcher Zustand undenkbar ist und, wie das Bundesgericht sagt, «mit Rücksicht auf den guten Glauben und die Sicherheit des Verkehrs» nicht zugelassen werden darf. Trotz der formalen Mängel muss eine Lösung von gleichem praktischen Erfolge wie der zitierte Entscheid gefunden werden. Diese kann folgerichtig nur in einem formalen Akte gefunden werden, nämlich im *zwangsweisen Eintrage*. Da der Erhöhungsbeschluss angemeldet werden muss, weiss der Handelsregisterführer von der Absicht der Gesellschaft, und er kann sich über die Entwicklung der Dinge erkundigen.

Die tatsächlichen Verhältnisse werden immer stärker sein als ihre rechtlich formalen Gültigkeitsrequisiten. Wenn das Gesetz an der Form festhält, so muss es diese für die gegebene Tatsache auch erzwingen können. Diese Korrektur muss für so wichtige soziale Erscheinungen, wie es die Aktiengesellschaften sind, umso mehr verlangt werden. Wir werden später, bei der Betrachtung der Inhaberaktie (§ 11), auf die gleiche Frage zurückkommen.

2. **Bei der Gründung.** Auch hier ist der Zeichner zur Einzahlung der ersten Rate verpflichtet. Diese Rate hat eine suspensiv bedingte liberierende Wirkung.[95]) Die Einzahlung hat demnach aktienrechtlichen Charakter. Da die Aktiengesellschaft nicht ohne tatsächlich vorhandenes Grundkapital ins Leben treten kann (OR. Art. 622, Zif. 2; E. III Art. 638, Abs. 3, Zif. 5, und Art. 652, Abs. 1), haben die Einzahlungen den Zweck, dieses zusammenzubringen, also eine typischerweise aktienrechtliche Funktion auszuüben.[96])

II. Die Bedingtheit der Zeichnung.

Nach schweizerischem Recht sind neben der gesetzlichen Bedingung noch gewillkürte Bedingungen möglich.

A. Die gesetzliche Bedingung.

Sie ist enthalten in Art. 617, Abs. 1 (E. III, Art. 630, Abs. 2): «Jede Zeichnung ist an die stillschweigende Bedingung geknüpft, dass die Aktiengesellschaft zustande komme.» Der Wirkung nach ist diese Bedingung suspensiv.[97]) Realiter wirkt sie resolutiv. Der Zeichner muss leisten, bevor die Aktiengesellschaft ins Leben tritt. Kommt sie nicht zustande, so fällt das Geleistete wieder an den Zeichner zurück.[98]) Die Zeit, innert welcher die Aktiengesellschaft

[95]) Abhängig vom Eintritt der Tatsache des Zustandekommens der A.-G.
[96]) Vgl. Zif. II; weiteres über die erste Rate in Lehmann, Bd. I, S. 338 ff.
[97]) Siehe Zif. I, lit. D 2.
[98]) Vgl. auch Art. 974 und Art. 975 Z. G. B.

errichtet werden soll, ist dem Zeichner bekannt.[99]) Er kann den Eintritt der resolutiven Bedingung (für das Geleistete), das Nichtzustandekommen der Gesellschaft, schon vor Ablauf der für die Zeichnung verbindlichen Frist erkennen. Nach Art. 620 OR.; E III Art. 632, Abs. 2 muss die statutarische Einladungsfrist für die Generalversammlung auch für die konstituierende Versammlung eingehalten werden. Erhält somit der Zeichner in dieser Zeit vor Ablauf der für die Zeichnung verbindlichen Frist keine Einladung, darf er vermuten, dass die Aktiengesellschaft nicht zustande komme.

Endlich mag im Hinblick auf ein jüngstes Vorkommnis folgendes erwähnt sein: Die Zeichnung ist verbindlich unter der Bedingung, dass *die* Aktiengesellschaft zustande komme. Eine völlige Zweckänderung durch die konstituierende Generalversammlung bedarf meines Erachtens nicht nur der Zustimmung der an der Sitzung teilnehmenden Aktionäre nach Art. 618, Abs. 2 OR. (E. III, Art. 633, Abs. 3), sondern nach Treu und Glauben diejenige *aller* Aktionäre. Die Zustimmung darf aber vermutet werden, wenn die Gründer, sei es vor oder mit der Einladung zur konstituierenden Generalversammlung, den Aktionären eine genaue Mitteilung über die geplante Zweckänderung zukommen lassen. Zum Beispiel: Die Gründer gaben als Zweck den Bau und Betrieb einer Fabrik zur Herstellung mechanischer Apparate an. Diese Fabrik soll auf einem bestimmten Grundstück gebaut werden, das in die Gesellschaft eingebracht oder von ihr übernommen werden soll. Nachträglich stellt sich heraus, dass auf dem betreffenden Grundstück überhaupt nicht gebaut werden darf. Ohne die Zustimmung *aller* Aktionäre darf die konstituierende Versammlung nicht beschliessen, es sei nun auf dem Grundstück eine Geflügelzucht zu betreiben.

B. Die gewillkürten Bedingungen.

Wir sprechen hier nur über jene Bedingungen, die gültig der Zeichnung beigefügt werden können. Nicht in Betracht fallen demnach Bedingungen, die nur das Statut vorsehen kann, also zum Beispiel die Zeichnung unter der Bedingung, dass die Aktien qualifiziert liberiert werden dürfen.

1. **Inhalt.** Innerhalb der rechtlichen und sittlichen Grenzen ist jede Bedingung möglich, insofern sie in einem vernünftigen Zusammenhang mit der zu errichtenden Gesellschaft steht.[100])

[99]) Vgl. Zif. I, lit. B.

[100]) Beispiel in Schneider und Fick, Kommentar zu Art. 617, Anm. 3: Zwei Gemeinden zeichnen Eisenbahnaktien, jede unter der Bedingung, dass die Bahn über ihr Land gebaut wird.

Andernfalls sollen die Gründer solche Zeichnungen gar nicht berücksichtigen.

2. **Form.** Da die Zeichnung der schriftlichen Form bedarf, muss auch ihre Einschränkung in derselben Form feststehen. Die Bedingung ist demnach *schriftlich* der Zeichnung im Zeichnungsschein beizufügen. Eine private Abmachung zwischen den Gründern und dem Zeichner genügt nicht. Ist der Zeichnung nichts beigefügt, so ist sie als praesumtio juris et de jure als unbedingt anzusehen.

«Die Zeichnungserklärung bedeutet eine Kundgebung nach aussen, den Gläubigern und den Aktionären gegenüber.»[101]) Wenn dementsprechend aus der Erklärung keine Bedingung zu entnehmen ist, ist sie unbedingt.

3. **Wirkung.** Art. 617, Abs. 2, OR. (E. III, Art. 630, Abs. 4) lautet: «Wird irgend eine andere Bedingung beigefügt, so darf eine solche Aktienzeichnung bei der Feststellung des Grundkapitals nur dann eingerechnet werden, wenn sie für den Fall des Nichteintrittes der Bedingung durch eine andere Aktienzeichnung gedeckt ist.» Demnach ist für jede bedingte Zeichnung eine zweite bedingte Zeichnung nötig. Beide Bedingungen müssen aufeinander Bezug nehmen und sich gegenseitig ausschliessen. Tritt die Bedingung, unter der gezeichnet wurde, nicht ein (bzw. wenn sie bei resolutiver Bedingung eintritt), so geht die Zeichnung unter. Der Zeichner hat nun einen dinglichen Anspruch auf Rückgabe seiner Leistung.

Selbstverständlich ist, dass die Gründer für die Annahme bedingter Zeichnungen besondere Sorgfalt walten lassen müssen. Rechnen die Gründer bei der Feststellung des Grundkapitals bedingte Zeichnungen mit, ohne dass eine zweite Zeichnung vorhanden ist, so haften sie für den eventuell eintretenden Schaden, den die Gesellschaft erleidet.[102])

III. Einreden aus der Zeichnung.

A. Einreden aus Formmängeln.

Diese haben wir im Zusammenhange in § 4 besprochen.[103])

B. Einreden aus Willensmängeln.

Einige Anhänger der Willensakttheorie der Zeichnung lehnen die Einredemöglichkeit aus Willensmangel ab, weil sich diese auf Vertrag beziehen, während die Zeichnung kein Vertrag ist. Diese

[101]) B. G. E. Pr. II, No. 184.
[102]) OR. Art. 671, Zif. 3; E. III Art. 747, Zif. 2.
[103]) Siehe § 4, insbes. Zif. I, lit. A 1 c und 2 c; lit. C 1 d, 2 c.

Begründung ist falsch. (Es ist übrigens auch niemandem eingefallen, die Vorschriften über die Schriftlichkeit [104]) nicht auf die Zeichnung anwenden zu wollen, weil diese ebenfalls im Abschnitt über die Entstehung der Obligation durch Vertrag sind.) Die Lehre über die Willensmängel muss systematisch in der Vertragsregelung aufgenommen werden, weil eben hier zwei aufeinander stossende Willen in Betracht fallen. Die Willensmängel sind aber immer einseitig, und somit wäre kein Grund vorhanden, diese nicht auch auf die Zeichnung anwenden zu können. Unser OR.[105]) stellt auf die Erklärung ab und nicht auf den Willen,[106]) wie das römische Recht. (Erklärungstheorie im Gegensatz zur Willenstheorie.) Die Lehre der Willensmängel ist das Korrelat zur angenommenen Erklärungstheorie. Die Zeichnung ist nun ohne Zweifel eine Erklärung, und deshalb wäre auch das Korrelat anwendbar.

Wenn Einreden aus Willensmängeln bei der Zeichnung nicht möglich sind, worin die Literatur und Judikatur einig ist, so beruht dies auf einer Abwägung der Interessen. Wir zitieren nochmals die Ausführung des Bundesgerichtes (Pr. II, No. 184): «Die Zeichnungserklärung bedeutet eine Kundgebung nach aussen, den Gläubigern und den Aktionären gegenüber.» Die Interessen der Gläubiger und der Mitaktionäre wiegen zu schwer, als dass Einreden aus Willensmängeln zugelassen werden könnten. Die Zeichnung gehört, wie zum Beispiel der Wechsel, zu jenen Rechtsinstituten, die Einreden aus Willensmängeln nicht vertragen. In diesem Falle bleibt eben nur die Alternative: Will man das Institut als solches oder nicht?

C. Zusammenfassung.

Einreden in der Zeichnung gibt es nur aus mangelnder Form oder mangelnden Voraussetzungen, nicht aber aus Willensmängeln.

Wie man beim Wechsel von einer materiellen Wechselstrenge spricht, so können wir hier von einer materiellen Zeichnungsstrenge sprechen.

§ 6.

Die Haftung aus originärem Aktienerwerb.

I. Begriff und Vorkommen.

Originärer Aktienerwerber ist immer der Aktienzeichner im weitern Sinne. Der originäre Aktienerwerb ist demzufolge nur in jenen Fällen möglich, in denen Aktien ausgegeben werden, wie bei

[104]) OR. Art. 12 ff.
[105]) Vgl. Art. 1 OR.
[106]) Ausser bei Rechtsgeschäften von Todes wegen.

der Gründung (Sukzessiv- oder Simultangründung) einer Aktiengesellschaft, bei der Kapitalerhöhung, und endlich bei der Ausgabe neuer Aktien an Stelle von kaduzierten Aktien nach Art. 634, Abs. 3 OR. (E. III, Art. 681, Abs. 2).

II. Entstehung der Haftung.

Die Haftung entsteht nach dem unter der Ziff. I Gesagten, mit der angenommenen [107]) Zeichnung, unter der Bedingung, dass die Aktiengesellschaft zustande kommt. Im übrigen verweisen wir auf die vorangegangenen §§.

III. Inhalt, Zeit und Ort der Liberierung.

A. Inhalt der Liberierung.

1. **Umfang der Liberierung.** Derselbe richtet sich nach den übernommenen Aktien. Darüber hinaus kann der Aktionär, mit Ausnahme des Agios, zu nichts verpflichtet werden.[108]) Insbesondere kennt unser Recht die sogenannte Nebenleistungs-Aktiengesellschaft [109]) nicht. Die Liberierung der Aktien ist somit, wie schon früher gesagt, die einzige vermögensrechtliche Verpflichtung des Aktionärs. Weder das Statut, noch ein Beschluss der Generalversammlung kann die Aktionäre zu Zuschüssen zwingen.[110]) Die Liberierung hat den Zweck, das Grundkapital der Aktiengesellschaft zu bilden. Die Einzahlungen [111]) sind deshalb alle dem Grundkapital zuzuzählen.[112]) Strafzahlungen etc. haben keine aktienliberierende Wirkung. Wenn der Aktionär seine Aktien voll liberiert hat, ist er frei.[113])

2. **Art der Liberierung.** Da das Grundkapital nur aus der Aktienliberierung gebildet wird, kann die Liberierung inhaltlich nur aus Vermögenswerten bestehen. Weder das Statut noch ein Generalversammlungsbeschluss können und dürfen zu andern Liberierungen anhalten oder solche mit liberierender Wirkung entgegennehmen.[114]) Im übrigen behandeln wir hier nur die Barliberierung und verweisen für die qualifizierte Liberierung auf das III. Kapitel. Für die Barliberierung kommen vor allem die Art. 84,

---

[107]) Insofern die Zeichnung empfangsbedürftig ist.
[108]) OR. Art. 633 und E. III Art. 680, Abs. 1; vgl. ferner Wieland, Bd. II, S. 46 und 243; Lehmann, Bd. II, S. 215 f.
[109]) Vgl. dazu Wieland, Bd. II, S. 50 f.; Lehmann, Bd. II, S. 372 f.
[110]) Wieland, Bd. II, S. 47; Lehmann, Bd. II, S. 219 und 372.
[111]) Mit Ausnahme des Agios.
[112]) Wieland, Bd. II, S. 46 und 51; Lehmann, Bd. II, S. 220 f.
[113]) Lehmann, Bd. II, S. 215.
[114]) Wieland, Bd. II, S. 47; Lehmann, Bd. II, S. 217 und 372.

88 und 89 ff. OR. zur Anwendung. Der Aktionär hat demnach, wenn nichts anderes gemacht ist, in Landesmünze zu bezahlen; er ist berechtigt, dafür eine Quittung zu fordern, und endlich begründet die vorbehaltslose Quittung die praesumtio juris (nicht et de jure), dass eventuell Verzugszinsen bezahlt seien.[115])

Sind Surrogate der Barliberierung möglich? Im Mittelpunkt steht für diese Frage immer das Grundkapital. Seine Integrität darf nicht gefährdet sein. Insofern diesem Postulat Genüge geleistet wird, ist kein Grund vorhanden, die Verrechnungsmöglichkeit abzulehnen. So ist insbesonders gegen eine Verrechnung seitens der Aktiengesellschaft mit dem Aktionär in der Regel nichts einzuwenden.[116]) Gefährlicher ist schon die Verrechnungsmöglichkeit des Aktionärs mit der Gesellschaft. Die Verrechnung ist anerkanntermassen in diesem Falle nur möglich, wenn ein blosses Hin und Her verhindert wird.[117]) Die Kompensationsmöglichkeit wird von v. Thur [118]) für die Liberierung allgemein verneint, weil unvereinbar mit dem Zwecke der Einzahlung. Dies geht meines Erachtens zu weit. Es ist nicht einzusehen, warum eine feststehende Schuld und Gegenschuld nicht verrechnet werden darf, wenn dadurch ein unnötiges Hin und Her vermieden wird. Das Bundesgericht lässt die Frage offen.[119]) Die Verrechnung ist meines Erachtens zwischen einem durch das Statut gewährten vermögensrechtlichen Vorteil und der Restliberierung (nicht für die erste Rate) zuzulassen. In diesem Falle weiss jedermann infolge des Eintrages, dass das Grundkapital diesbezüglich geschwächt wird. Immer ist und bleibt die Integrität des Grundkapitals im Mittelpunkt der Frage. In diesem Sinne ist in jedem einzelnen Falle die Zulässigkeit der Kompensation zu entscheiden. Sie wird immer, nach diesen Ausführungen, eng zu fassen sein. So auch Lehmann:[120]) «Die gesetzlichen Bestimmungen über die Errichtung der Gesellschaft beruhen auf dem Grundgedanken, dass für die wirkliche Aufbringung des Grundkapitals Sorge getragen wird. Die Erhaltung dieses für die Gläubiger äusserst wichtigen Gleichgewichtes wird gefährdet, wenn gestattet wird, dass die Befriedigung im Wege der Aufrechnung erfolgt.»

Ausgeschlossen ist die Verrechnung im Konkurse der Aktiengesellschaft.[121]) Ferner dann, wenn der Aktionär in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ihr Gläubiger geworden ist.

[115]) B. G. E. 38 II, S. 205.
[116]) Vgl. Lehmann, Bd. II, S. 382 f.
[117]) So Wieland, Bd. II, S. 246; Lehmann, Bd. II, S. 383.
[118]) Bd. II, S. 593 und 595, F. N. 96.
[119]) Pr. XXI 6. No. 93, S. 257; E. vom 2. Mai 1933, I. Zivilabt., Ew. 3.
[120]) Bd. II, S. 383.
[121]) Sch. K. G. Art. 213, Abs. 3.

Aus der an die Spitze gestellten Erwägung ist sofort zu erkennen, dass ein Erlass der Liberierung völlig ausgeschlossen ist. Die datio in solutum ist nach Lehmann [122]) ebenfalls ausgeschlossen, sobald das Gesetz für die Bar- und die Sachliberierung eine verschiedene Behandlung vorsehen, was in unserem Rechte der Fall ist. Wieland [123]) dagegen hält sie für zulässig, wenn nicht die Vorschriften über die Sacheinlagen umgangen werden und die Integrität des Grundkapitals nicht gefährdet wird. Dem ist soweit zuzustimmen. Nur kann ich mir im Anfange der Existenz der Gesellschaft keine datio in solutum vorstellen, die nicht den Erfolg einer qualifizierten Gründung hätte und demnach eine Umgehung der Vorschriften über die qualifizierte Gründung darstellen. Aus diesem Grunde halte ich eine datio in solutum im Anfange der Existenz für ausgeschlossen. Ist die Gesellschaft einmal konsolidiert, wird man von Fall zu Fall entscheiden müssen. Auf jeden Fall wird die Zulässigkeit, wie die der Verrechnung, sehr eng zu interpretieren sein.

B. Einforderungsberechtigung, Zeit und Ort der Liberierung.

1. **Die zur Einforderung berechtigten Personen.** Zur Einforderung der Einzahlungen ist natürlich immer die Aktiengesellschaft berechtigt. Wenn die Statuten keine andere Regelung treffen, ist das geschäftsführende Organ, also der Verwaltungsrat,[124]) dazu berechtigt. Er bestimmt in diesem Falle Höhe und Zeit der Einzahlungen. Ist dazu die Generalversammlung kompetent, so kann nur gestützt auf einen diesbezüglichen Beschluss eingefordert werden, weil dann nur die Generalversammlung (oder das durch die Statuten bezeichnete andere Organ) einen entsprechenden verbindlichen Willen äussern kann. Fehlt demnach die Willensäusserung des statutarisch kompetenten Organs, so kann der Aktionär die Einzahlung verweigern. Zur Einforderung der ersten Rate sind die Gründer berechtigt.[125])

2. **Gleichmässigkeit der Einforderung.** Das zu lösende Problem lautet: Sind alle Aktionäre gleichmässig zur Einzahlung aufzufordern oder dürfen einzelne Aktionäre stärker herangezogen werden? Sicher ist, dass es dem Grundsatze der Gleichbehandlung widerspricht, wenn einzelne Aktionäre aus subjektiven Gründen mehr leisten müssen oder dürfen. Dies ist schon aus der Natur des Sozietätsrechtes ersichtlich, das eine relative Gleichbehandlung aller verlangt. Anderseits ist zu bedenken, dass der Aktionär zur

[122]) Bd. II, S. 382.
[123]) Bd. II, S. 246.
[124]) Wieland, Bd. II, S. 244; Lehmann, Bd. II, S. 379; E. III Art. 716, Abs. 2.
[125]) Vgl. dazu § 3.

ganzen Einlage verpflichtet ist. Wann er leisten muss, entscheidet im Rahmen des Gesetzes und des Statutes das wirtschaftliche Interesse der Gesellschaft. Dieses zu wahren, ist gerade Pflicht der Organe und kann es auch erforderlich machen, dass einzelne Aktionäre, zum Beispiel eine Aktionärgruppe, vor andern zur Einzahlung herangezogen werden.[126]) Damit ist auch gesagt, dass die Einzahlung nicht durch die Einrede der mangelnden Gleichbehandlung einseitig verweigert werden darf. Einmal ist die bona fides der einfordernden Organe zu vermuten und dann würde, wie Lehmann [127]) ausführt, durch die einseitige Zahlungsverweigerung die Eintreibung der Zahlungen erschwert. Ist der Aktionär relativ ungerechtfertigt zur Zahlung angehalten worden, so stehen ihm andere Rechtsmittel zur Verfügung. Er kann sich in der Generalversammlung beschweren und verlangen, dass auch die übrigen Aktionäre zur Einzahlung herangezogen werden oder, wenn die Einzahlung durch die Generalversammlung selbst beschlossen wurde, den Beschluss anfechten. Ist die Einzahlung erfolgt und dem Grundkapital zugezählt worden (auf dem Aktientitel vermerkt), so kann sie nicht mehr zurückgefordert werden.[128]) In diesem Falle bleibt dem benachteiligten Aktionär noch die Schadenersatzklage übrig. Ist der Verwaltungsrat dafür verantwortlich, was meistens zutreffen wird, so ist ein Anspruch auf Schadenersatz in Anwendung von Art. 674 OR. (verschärft durch den E. III, Art. 748) möglich. Eine absolute Reparation des eingetretenen Schadens läge im Umtausch der mehr liberierten Aktien des benachteiligten Aktionärs gegen Aktien mit alter Liberierung der verantwortlichen Personen, unter gleichzeitiger persönlicher Rückzahlung der geleisteten Einlage. Dem Anspruch auf Schadenersatz kann nicht entgegengehalten werden, dass eine Schädigung nicht vorliege, weil ja der Aktionär für die ganze versprochene Leistung hafte. Dem Prinzip des Aktienrechtes entspricht eine relative Gleichbehandlung aller Mitglieder, und auf diese hat der Aktionär Anspruch. Eine ungleiche Behandlung ist eben immer eine Bevorzugung der einen und daraus notwendigerweise eine Schlechterstellung der andern. In diesem Vergleich ist die Frage zu lösen. Wenn demnach einer aus willkürlichen Gründen geben muss, während die andern im Genusse des entsprechenden Eigen-

---

[126]) Die Gesellschaft kann z. B. ein wirtschaftliches Interesse haben, sich dem künftigen Rechte anzupassen und, obschon dies nicht verlangt wird (Uebergangsbestimmungen Art. 3 des E. III), die Volliberierung der Inhaberaktien vor den andern verlangen. Anderer Ansicht ist Staub, Kommentar zu § 185, Anm. 4; gleich Wieland, Bd. II, S. 244; Lehmann, Bd. II, S. 379.

[127]) Bd. II, S. 380.

[128]) Art. 629, Abs. 3, OR. und E. III Art. 680, Abs. 2.

tums bleiben, so ist er widerrechtlich benachteiligt, und wirkt sich diese Benachteiligung vermögensrechtlich aus, was hier der Fall ist, so hat der Benachteiligte Anspruch auf deren Reparation.

Liegt anderseits in der Einzahlung eine Begünstigung des Aktionärs,[129]) so können die Benachteiligten in der Generalversammlung den Antrag auf allgemeine Einzahlung stellen.

Nach Ansicht von Lehmann [130]) treten auch bei ungleicher Einforderung im Falle der Nichterfüllung alle Folgen ein, ausgenommen die der Kaduzierung. Es ist nicht recht ersichtlich, warum das eine möglich sein soll und das andere nicht. Wir sahen, dass der zur Zahlung aufgeforderte Aktionär im Interesse der Gesellschaft nicht die Einrede der ungleichen Behandlung hat. Er soll zahlen oder sich nach den angegebenen Rechtsmitteln zur Wehr setzen. Tut er keines von beiden, so treten meines Erachtens *alle* gesetzlichen oder statutarischen Folgen ein, auch die der Kaduzierung.[131]) Der Aktionär braucht sich natürlich die Kaduzierung nicht gefallen zu lassen. Er soll sich aber nach Treu und Glauben verhalten, das heisst: Kennt er die ungleiche Behandlung, dann soll er gegen das eingeleitete Kaduzierungsverfahren sofort Einspruch erheben. Wird ihm die ungleiche Behandlung erst nach erfolgter Kaduzierung bekannt, dann hat er die Wahl, ob er die Kaduzierung anfechten oder eine Schadenersatzklage anstrengen will. Die blosse Möglichkeit der Anfechtung genügt nicht, denn es kann dem Ausgeschlossenen unter Umständen nicht zugemutet werden, wieder Mitglied der Aktiengesellschaft zu werden, und anderseits kann eine Schadenersatzleistung für die Gesellschaft leichter zu tragen sein, als die Folgen einer ungültigen Kaduzierung, besonders wenn schon neue Aktien ausgegeben wurden. Die erfolgreich durchgeführte Anfechtung wirkt ex tunc. Die angestrengte Schadenersatzklage hat die Wirkung, dass der Kläger die Kaduzierung anerkennt, er also aus der Gesellschaft ausgeschlossen bleibt, damit aber völlig frei wird.

Aus dem Gesagten können wir den Schluss ziehen, dass die Kaduzierung gegen einen ungleich behandelten Aktionär nicht nichtig, aber anfechtbar ist.[132])

3. **Zeit der Liberierung.** Hier ist die Frage zu untersuchen, wann oder bis wann der Verpflichtete geben muss. Nach den Ausführungen unter der Ziff. 1 ist im Zweifel wiederum anzunehmen,

---

[129]) Siehe Lehmann, Bd. II, S. 379.

[130]) Bd. II, S. 380.

[131]) Vorbehalten natürlich, dass die sonstigen gesetzlichen oder statutarischen Voraussetzungen erfüllt sind.

[132]) Vgl. auch in Sauter § 11, Die Wirkung einer unrechtmässigen Kaduzierung, und § 8 der vorliegenden Arbeit.

dass der Verwaltungsrat zur Festsetzung der Einzahlungsfristen berechtigt ist. Die Mitteilung an die Verpflichteten erfolgt in statutarischer Form.[133]) Das Statut kann die Fristen selbst bestimmen. Zum Eintritt des Verzuges bei Nichtzahlung (dies interpellat pro homine) genügt dies meines Erachtens nur, insofern das Statut auch bestimmt, dass die Einzahlung ohne weitere Aufforderung erfolgen solle;[134]) sonst hat eine derartige statutarische Bestimmung mehr den Charakter einer an das ausführende Organ gerichteten verbindlichen Anweisung, zu diesen Zeiten einzufordern. Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Verpflichteten zur Zahlung aufgefordert werden sollen.

Mit unbenütztem Ablauf der für die Einzahlung bestimmten Frist ist die Leistung verfallen. Der Verzug tritt de lege ein.[135]) Eine nachträgliche Erfüllung ist möglich.

Die Aktiengesellschaft darf dem Gesuch eines Verpflichteten um Verlängerung der Zahlungsfrist entsprechen. Die Fristverlängerung muss aber bestimmt sein und darf nicht bedingt sein durch den Eintritt eines unsicheren Ereignisses, wie z. B. die Kurssteigerung einer fremden Valuta. Solche Abmachungen sind nichtig.[136])

Zusammengefasst ist zu sagen, dass ordentlicherweise die Aktiengesellschaft bestimmt, zu welcher Zeit sie einfordern will und die Fristen festsetzt. Für letztere gelten die Bestimmungen der Art. 76 bis 80 OR. Ein Recht auf vorzeitige Erfüllung (ohne Aufforderung oder vor der zur Einzahlung angesetzten Frist) hat der Verpflichtete nicht. Die Aktienliberierung bildet in diesem Sinne einen Ausnahmefall zu Art. 81, Abs. 1 OR.

Die Liberierung wird ferner fällig durch den Konkurs der Aktiengesellschaft,[137]) wie auch infolge ihrer Liquidation, soweit es zur Befriedigung der Gläubiger notwendig ist.

4. **Ort der Liberierung.** Die Liberierung ist eine Bringschuld.[138]) Im Zweifel ist die Aktiengesellschaft Zahlungsstelle. Für die erste Einzahlung muss der Zahlungsort im Prospekt angegeben sein.[139])

---

[133]) OR. Art. 616, Zif. II, und E. III Art. 625, Zif. 7.

[134]) Vgl. darüber Wieland, Bd. II, S. 244, gegen Lehmann, Bd. II, S. 380.

[135]) OR. Art. 634, Abs. 1; E. III Art. 681, Abs. 1.

[136]) B. G. E. 51 II, S. 181 f.

[137]) Sch. K. G. Art. 210; Jäger, Kommentar zu Art. 210, No. 3; Blumenstein, S. 660 f.

[138]) OR. Art. 74.

[139]) OR. Art. 617, Abs. 3, Zif. 6; Art. 626, Abs. 4, Zif. 9; E. III Art. 629, Abs. 2, Zif. 9. Vgl. auch in Zeitschrift für schweizerisches Recht VI, No. 183, Die rechtliche Stellung der Bank bei Einzahlungen.

IV. Die Folgen der Nichterfüllung und des Verzuges.

Siehe § 8.

V. Der Untergang der Haftung.

A. In objektiver Hinsicht.

Objektiv und demgemäss natürlich auch subjektiv geht die Liberierungshaftung unter:

1. **Durch die Volliberierung.** Dadurch ist die Obligation durch Erfüllung untergegangen, und der Verpflichtete ist völlig frei geworden.[140])

2. **Durch den Untergang der Aktie.** Wie wir früher ausführten,[141]) bedeutet die Liberierung ein Beitragen an das Grundkapital der Aktiengesellschaft. Das Grundkapital kann anderseits nur durch die Aktienliberierung aufgebracht werden, da dieses selbst in Aktien zerlegt sein muss.[142]) Geht demnach die Aktie unter, gleichgültig ob mit der Gesellschaft oder für sich allein, so ist auch ihre Liberierung ausgeschlossen, und die Haftung für dieselbe erlischt. Dies hindert natürlich nicht, dass unter Umständen aus der erloschenen Obligation eine neue, insbesondere eine Schadenersatzobligation entstehen kann. Vergl. dafür § 8.

B. In subjektiver Hinsicht.

Grundsätzlich haben wir folgendes festzustellen: Die Liberierung ist eine gesetzliche Mitgliedschaftspflicht. Mitglied der Aktiengesellschaft ist, wer die Aktie zu Eigentum besitzt. Die Mitgliedschaft zur Gesellschaft geht somit unter durch die Entäusserung der Aktie und wird umgekehrt durch deren Erwerb erworben. Grundsätzlich geht demnach die Mitgliedschaftsänderung unabhängig vom Willen der Aktiengesellschaft vor sich. Es ist aber sofort ersichtlich, dass die reine Durchführung dieses Prinzipes nur bei volliberierten Aktien möglich ist, während für nur teilliberierte Aktien, im Interesse der Gesellschaft und deren Gläubiger, die Liberierungspflicht nicht oder wenigstens nicht ohne die Mitwirkung der Aktiengesellschaft abgewälzt werden kann.

Die Mitwirkung der Aktiengesellschaft bei der Aktienübertragung ist nun bedingt durch die Aktienart und durch die causa der Uebertragung.

---

[140]) OR. Art. 633; E. III Art. 680, Abs. 1.
[141]) Insbesondere in § 1.
[142]) OR. Art. 612; E. III Art. 619, Abs. 1.

1. **Nach Art der Aktien.** Hier haben wir zu unterscheiden, ob Inhaber- oder Namenaktien übertragen werden sollen.

a) Bei Inhaberaktien: Art. 636. Abs. 2 und 3 regelt die Haftungsverhältnisse wie folgt: Für die Einzahlung von 50 % des Nominalbetrages der Aktie plus ein eventuelles Agio bleibt der originäre Aktienerwerber (der Zeichner) unbedingt haftbar. Eine Entlassung aus der Haftung ist demzufolge nicht möglich. Aus diesem Artikel ergibt sich, wie früher schon gesagt, indirekt die Pflicht der Aktiengesellschaft, die ihr zur Liberierung Verpflichteten zu kennen, das heisst ihre Namen und Adressen, wie die Höhe der Verpflichtung zu vermerken. Ein solches Verzeichnis hat zwar nicht die Bedeutung eines Aktienbuches im Sinne von Art. 637, Abs. 1 OR., ist aber zu einer soliden Geschäftsführung unerlässlich.

Bei der Uebertragung von Inhaberaktien ist eine Entlassung aus der Haftung für die Restliberierung nur statthaft, wenn dies im *ursprünglichen* Statut vorgesehen ist. Zur Entlassung berechtigt ist naturgemäss nur die Aktiengesellschaft. Das ursprüngliche Statut muss aber die kompetenten Organe zur Entlassung berechtigen, ansonst eine solche nichtig, das heisst wirkungslos bleibt. Auch eine spätere diesbezügliche Statutenänderung ist irrelevant. Immerhin ist unter ursprünglichem Statut nicht für alle Fälle der erste Text zu verstehen, sondern die statutarischen Bestimmungen, auf deren Grundlage die Kapitalordnung der Gesellschaft ursprünglich geregelt wurden. Es kann somit zum Beispiel die Entlassung der Zeichner von Inhaberaktien bei der Gründung im Statut nicht vorgesehen sein, wohl aber für die Zeichner von neu emitierten Aktien anlässlich einer Kapitalerhöhung. In diesem Falle ist die Entlassung nur für die spätern Zeichner möglich, nicht aber für die ersten. Ist umgekehrt die Entlassung von Anfang an vorgesehen, dann gilt sie *vermutungsweise* auch für spätere Zeichner.

Der E. III bestimmt in Art. 683, Abs. 1, dass Inhaberaktien nur bei voller Liberierung ausgegeben werden dürfen. Damit ist die zu behandelnde Frage von Anfang an gelöst.

b) Bei Namenaktien: Mehr als bei der Inhaberaktie wird bei der Namenaktie das persönliche Moment der Mitgliedschaft betont. Art. 637, Abs. 1 OR. (E. III, Art. 684, Abs. 3) verlangt die Führung eines Verzeichnisses (Aktien-Buch, Verzeichnis, Register etc.) der Namenaktionäre, in dem deren Namen und Wohnorte aufgezeichnet sind. (Vergl. dazu auch den folgenden §.) Vermutungsweise, im Gegensatz zu den Inhaberaktien, ist für die Namenaktionäre eine Entlassung aus der Liberierungshaftung möglich, wenn der

neue Aktionär von der Gesellschaft als Schuldner anerkannt wird, das heisst im Aktienbuch eingetragen wird. Die Entlassung hat aber zunächst nur bedingte Wirkung. Kommt nämlich die Aktiengesellschaft während der Dauer eines Jahres seit derselben in Konkurs, haftet der originäre Aktionär *subsidiär* für die Restliberierung der von ihm gezeichneten Aktien. Nach dieser Zeit wird er völlig frei. Eine Form für die Entlassung sieht das Gesetz nicht vor. In praxi wird aber zur Beweismöglichkeit immer die Schriftlichkeit gewählt. Die Entlassung ist in allen Fällen nur statthaft, wenn ein anderer in die Haftung eingetreten ist. Ist dies nicht der Fall, ist die Entlassung nichtig.[143])

Anders regelt die Haftungsverhältnisse der Namenaktionäre der E. III.[144]) Der originäre Aktienerwerber haftet nach seiner Entlassung (Streichung im Aktienbuch) von Gesetzes wegen, wenn die Gesellschaft innert zwei Jahren seit ihrer Eintragung ins Handelsregister in Konkurs gerät, *und* der hinzutretende Aktionär innert dieser Frist seiner Rechte verlustig erklärt worden ist, das heisst die Aktien kaduziert worden sind. Diese Haftung ist ebenfalls eine subsidiäre. Im übrigen haftet prinzipiell, wer im Aktienbuche eingetragen ist. Treten demnach obige Voraussetzungen nicht ein oder überträgt der originäre Aktienerwerber die Aktien erst nach zwei Jahren seit dem Eintrage der Gesellschaft, so wird er durch den Eintrag des neuen Aktionärs ins Aktienbuch bedingungslos frei.

2. **Nach der causa.** Ein Wechsel in der Mitgliedschaft kann erfolgen durch den Tod des Aktionärs, durch die Verwertung seines Vermögens (also auch der Aktien) im Zwangsverfahren nach Sch. K. G., und ferner durch rechtsgeschäftliche Uebertragung der Aktien unter Lebenden.

a) Tod des Aktionärs: Durch den Tod (Verschollenheit) geht das Eigentum an den Aktien nach den Bestimmungen des Erbrechtes über. Die Universalsukzessoren treten in alle Rechte und Pflichten zu der Gesellschaft wie der Verstorbene.[145]) Sie haften für die Liberierung in gleicher Weise wie das frühere Mitglied. Die Mitgliedschaft wird allerdings nur bei Inhaberaktien eo ipso erworben. Bei Namenaktien bedarf es dafür eines Eintrages des neuen Eigentümers im Aktienbuch. Der E. III bestimmt in Art. 686, Abs. 2, dass der Eintrag ohne Grundangabe verweigert werden darf, wenn die Statuten dies vorsehen. Diese Möglichkeit ist für den

---

[143]) B. G. E. im Auszuge wiedergegeben im «Bund» vom 12. April 1931, No. 166: Wirkungen der Aktienzeichnung.

[144]) Art. 687; Botschaft des Bundesrates zum E. III, S. 41.

[145]) Z. G. B. Art. 560.

erbrechtlichen Uebergang (wie auch für den Aktienerwerb durch eheliches Güterrecht oder auf dem Wege der Zwangsvollstreckung) eingeschränkt. Art. 686, Abs. 4 bestimmt, dass die Eintragung nur dann verweigert werden darf, «wenn die Verwaltung oder einzelne Aktionäre sich bereit erklären, die Aktien zum Börsenkurse und, wo ein solcher nicht besteht, zum wirklichen Wert im Zeitpunkte der Anmeldung zur Eintragung zu übernehmen». In diesen Fällen darf zudem keine Sicherstellung für die Liberierung verlangt werden.

b) Konkurs des Aktionärs: Vergl. oben (lit. a) und Lehmann: Bd. II, S. 55 ff.

c) Uebertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden: Siehe § 7.

d) Anhang: Ausserordentliche Erwerbsarten: Okkupation und Ersitzung von Aktien sind so seltene Erscheinungen, dass wir darauf nicht eintreten. Wir verweisen auf die Ausführungen von Lehmann: Bd. II, S. 74 f.

§ 7.

Die Haftung aus derivativem Aktienerwerb.

Auch hier ist ein Problem für unsere Arbeit nur gegeben, wenn es sich um nicht voll liberierte Aktien handelt. Wir setzen somit für die folgenden Untersuchungen immer nur teilliberierte Aktien voraus.

Durch die Uebertragung der Aktien von einem Aktionär auf einen hinzutretenden entsteht ein sogenanntes dreieckiges Rechtsverhältnis.

1. Das Rechtsverhältnis des alten Aktionärs zur Gesellschaft. Dieses haben wir zur Hauptsache im vorhergehenden § besprochen.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen dem hinzutretenden Aktionär und der Gesellschaft. Dieses zu untersuchen wird die Hauptaufgabe dieses § sein.

3. Das Rechtsverhältnis des alten zum neuen Aktionär. Dieses ist an und für sich nicht aktienrechtlicher Natur, hat aber auf die aktienrechtlichen Verhältnisse (von 1 und 2) eine reflektorische Einwirkung. Nur insofern dies der Fall ist, haben wir diese Rechtsverhältnisse zu berücksichtigen.

I. Voraussetzungen zur Uebertragung der Liberierungspflicht.

A. In objektiver Hinsicht.

Es muss sich vor allem um *übertragbare* Aktien handeln. Inhaberaktien sind ihrem Zwecke nach zur Uebertragung bestimmt.

Namenaktien können durch das Statut[146]) in der Uebertragung beschränkt werden.[147]) Die Uebertragung vinculierter Aktien hat keine aktienrechtliche Wirkung.

Die Uebertragungsfähigkeit der Aktien ist zu vermuten.

B. In subjektiver Hinsicht.

Der E. III bestimmt in Art. 686, Abs. 3, dass die Verwaltung die Zahlungsfähigkeit des neuen Erwerbers zu prüfen habe.[148]) Diese darf somit, im Gegensatz zu derjenigen der Aktienzeichner, nicht mehr vermutet werden. Zahlungsunfähige Erwerber von Namenaktien darf die Gesellschaft nicht als Mitglieder aufnehmen. Die Gesellschaft ist ferner berechtigt, Sicherheit für die Liberierung zu verlangen. Tut sie dies, und wird die verlangte Sicherheit geleistet, so darf sie umgekehrt die Aufnahme des Erwerbers nicht mehr verweigern. Die Sicherstellung kann auch durch einen Dritten für den Aktienerwerber geleistet werden.[149])

Die ratio legis ist leicht zu erkennen. Der Gesetzgeber will vor allem verhüten, dass die alten Mitglieder das sinkende Schiff noch rechtzeitig verlassen und Zahlungsunfähige vorschieben. Die Vorschrift, dass die Zahlungsfähigkeit des neuen Aktienerwerbers geprüft werden muss, ist ferner notwendig im Hinblick auf Art. 687, Abs. 3, der bestimmt, dass durch den Eintrag des neuen Aktionärs im Aktienbuch der alte derivative Aktionär *völlig* frei wird.

Das geltende Recht kennt diese Vorschrift nicht. Aber nach den allgemeinen Grundsätzen einer ordentlichen Geschäftsführung darf die Aktiengesellschaft auch nicht leichtfertig einen Neuerwerber als Mitglied aufnehmen, ihn ins Aktienbuch eintragen und den alten Aktionär aus der Haftung entlassen. In einer für die Gesellschaft und deren Gläubiger so wichtigen Angelegenheit darf von den verantwortlichen Organen schon ein grosses Mass von Sorgfalt verlangt werden.

Immerhin geht der E. III weiter und erleichtert eine eventuelle Verantwortlichkeitsklage.

---

[146]) Vgl. dazu Hahnloser, S. 73 ff.
[147]) OR. Art. 637, Abs. 2; E. III Art. 684, Abs. 1.
[148]) Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates zum E. III, S. 41.
[149]) B. G. E. 33 II, No. 42.

II. Die Form der Uebertragung.

A. Uebertragungsformen.

Naturgemäss kommen solche nur für Namenaktien in Frage. Nach geltendem Recht [150]) und E. III [151]) kann die Uebertragung der Aktien durch Indossament (und Uebergabe der Titel) erfolgen. Dies ist die ordentliche Uebertragungsform. Die Statuten können daneben eine qualifizierte Form, zum Beispiel eine schriftliche Abtretungserklärung, vorsehen.[152])

Bevor die Aktiengesellschaft die Eintragung des neuen Aktionärs im Aktienbuch vornimmt, ist sie gehalten, die Formrichtigkeit der Uebertragung zu prüfen.[153])

B. Uebertragung und Eintrag.

Mitglied der Aktiengesellschaft, und damit ordentlicherweise für die Liberierung haftend, wird der hinzutretende Aktionär erst mit dem Eintrage ins Aktienbuch.[154]) Der Eintrag setzt aber eine formrichtige Uebertragung voraus, was besonders der E. III entgegen der etwas unbestimmten Ausdrucksweise des geltenden Rechtes gut hervorgeht. Nun stellt sich die Frage: Wie sind die Rechtsverhältnisse bei einer Eintragung trotz mangelhafter Uebertragungsform? Grundsätzlich ist von folgender Erwägung auszugehen: Wie für jedes Rechtsgeschäft unter Lebenden, ist nicht der innere Wille der Parteien massgebend, sondern der erklärte Wille.[155]) Der innere Wille der Parteien kann demzufolge der Gesellschaft gleichgültig sein. Für sie ist massgebend nur die Willenserklärung, Aktien auf eine andere Person übertragen zu wollen. Diese bedarf nun aber einer bestimmten Form, des Indossamentes oder noch anderer, durch das Statut bestimmte Formen. Ist die formale Erklärung nicht vorhanden, so wird der Eintrag im Aktienbuch zwar nicht nichtig, aber anfechtbar. Zur Anfechtung legitimiert sind der frühere und der hinzutretende Aktionär. Die nachträgliche Erfüllung der Form wirkt ex tunc heilend. Die zum Eintrag berechtigten Organe der Gesellschaft aber schadenersatzpflichtig, wenn der Gesellschaft ein Schaden entsteht.

Anderseits, bei vorhandener Formrichtigkeit, ist der Eintrag rechtsgültig. Die Gesellschaft braucht keine späteren Einreden aus

---

[150]) Art. 637, Abs. 3.
[151]) Art. 684, Abs. 2.
[152]) Vgl. Bachmann, Kommentar zu Art. 637, Anm. 3.
[153]) OR. Art. 637, Abs. 4; E. III Art. 685, Abs. 2.
[154]) Immer Namenaktien vorausgesetzt. Vgl. OR. Art. 637, Abs. 5, und E. III Art. 685, Abs. 1; zum Teil anderer Ansicht Lehmann, Bd. II, S. 99; gleicher Ansicht Bachmann, Kommentar zu Art. 637, Anm. 5.
[155]) OR. Art. 1, Abs. 1.

dem internen Rechtsgeschäft zu befürchten. Sie hat für einen Rückeintrag und Entlassung des hinzugetretenen Aktionärs aus der Liberierungshaftung unter Wiedereinsetzung des früheren Aktionärs die gleiche Freiheit, wie bei gewöhnlichen Mutationen in der Mitgliedschaft.

III. Das Rechtsverhältnis des neuen Aktionärs zur Gesellschaft.

Allgemein ist zu sagen, dass der hinzutretende Aktionär nie für mehr haftet, als für die Restliberierung der erworbenen Aktien.

Der gutgläubige Erwerber darf auf alle Fälle vermuten, dass Inhaberaktien zu mindestens 50 % und Namenaktien zu 20 % liberiert seien.[156]) Die Gesellschaft kann den originären Aktienerwerber für diese minimalen Einzahlungen nicht aus der Haft entlassen, falls sie tatsächlich noch nicht geleistet sind, und der gutgläubige neue Aktionär übernimmt dafür die Haftung nicht.

Im übrigen haben sowohl das geltende Recht, wie der Entwurf[157]) vorgeschrieben, dass auf den Aktientiteln angegeben sein muss, zu wieviel sie liberiert sind.

Folgend betrachten wir die Rechtsverhältnisse bei Inhaber- und bei Namenaktien getrennt.

A. Bei Inhaberaktien.

Der Erwerber von Inhaberaktien wird Mitglied der Gesellschaft durch das vollzogene Uebertragungsgeschäft. Er tritt dadurch in alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten ein und haftet demnach für die Restliberierung der erworbenen Aktien.[158])

Nun können aber die Inhaberaktien ohne jede Mitwirkung der Aktiengesellschaft übertragen werden, und die Gesellschaft weiss unter Umständen gar nicht, wer die Aktien besitzt, das heisst wer Mitglied ist und demnach nach den allgemeinen Grundsätzen für die Restliberierung haftet. Umsomehr ist die Gesellschaft aus Gründen einer sorgfältigen Geschäftsführung verpflichtet, den Zeichner von Inhaberaktien aus seiner Liberierungshaftung nicht zu entlassen, bevor ein solventer Aktionär für ihn eintritt.

B. Bei Namenaktien.

Der Erwerber von Namenaktien wird durch das vollzogene Uebertragungsgeschäft noch nicht Aktionär. Art. 637, Abs. 5 (E. III, Art. 685, Abs. 1) lautet: «Im Verhältnisse zu der Gesellschaft wer-

---

[156]) Vgl. die Art. 622, Zif. 2, und 636, Abs. 1, OR.

[157]) OR. Art. 638; E. III Art. 688, Abs. 1 (nur für Namenaktien, da Inhaberaktien als Gültigkeitsrequisit voll liberiert sein müssen).

[158]) Vgl. Art. 633, 635, Abs. 1 gegen Abs. 2; Hahnloser, S. 122; Zch. H. G. 16. April 1915; Bl. XV 381 in Weiss, Bd. III 2, No. 6039.

den nur die im Aktienbuche verzeichneten Personen als Aktionäre betrachtet.» Wenn wir diese Bestimmung negativ fassen, lautet sie, dass nicht Aktionär ist, wer nicht im Aktienbuche eingetragen ist. Ohne Eintrag in das Aktienbuch entsteht demnach gar kein Rechtsverhältnis zu der Aktiengesellschaft, und somit kein Eintritt in die Rechte und Pflichten ihr gegenüber. Lehmann sagt:[159]) «Lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen gilt der Satz, dass im Verhältnis zu der Gesellschaft nur derjenige als Aktionär gelte, der als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist, und dass die Gesellschaft bei nicht voll eingezahlten Aktien sich nur an die im Aktienbuche verzeichneten Mitglieder halten dürfe. Der Umschreibung kommt also ebensowenig alleinig rechtserzeugende als überhaupt rechtserzeugende Bedeutung bei, sie ist nur eine Legitimierungsform gegenüber der Gesellschaft. — —.» Der Grundsatz, «Aktionär ist, wer die Aktie zu Eigentum hat» soll durch das Erfordernis des Eintrages ins Aktienbuch[160]) keine grundsätzliche Aenderung erfahren. Daraus ergibt sich, dass die Aktiengesellschaft den Eintrag nicht aus subjektiven Gründen verweigern darf. Einzig die Zahlungsunfähigkeit des Aktienerwerbers berechtigt (und verpflichtet)[161]) zur Eintragungsverweigerung, sofern für die Restliberierung nicht Sicherheit geleistet wird.

Umgekehrt folgt aus obigem Grundsatze, dass die Aktiengesellschaft die Eintragung des neuen Aktienerwerbers auch ohne Anmeldung vornehmen darf, sobald sie vom vollzogenen *Eigentums*wechsel der Aktien Kenntnis hat, wenn der neue Aktionär die Anmeldung unterlässt. Dies ergibt sich aus Art. 637 OR., Abs. 1, der vorschreibt, dass die *Aktionäre* ins Aktienbuch einzutragen sind. Allerdings soll die Gesellschaft zuvor den neuen Aktionär zur Anmeldung auffordern und ihn von der Eintragungsabsicht unterrichten.

Ergeben sich aus einer Eintragung bzw. Nichteintragung Rechtsstreite, so wird durch Feststellungsklage zu lösen sein, ob ein Eingetragener Nichtaktionär, bzw. ein Nichteingetragener Aktionär sei.

Der E. III berechtigt die Aktiengesellschaft in Art. 686, Abs. 1 und 2, statutarisch zu bestimmen, welche Gründe zur Eintragungsverweigerung berechtigen. Diese darf sogar ohne Grundangabe erfolgen, insofern die Statuten dies vorsehen. Damit ist der Grundsatz «Aktionär ist, wer die Aktie zu Eigentum hat» durchbrochen und damit auch das kapitalistische Moment in der Mitgliedschaft.

---

[159]) Bd. II, S. 99.

[160]) Für die historische Entwicklung des Aktienbuches vgl. Lehmann, Bd. II, S. 88 ff.

[161]) Vgl. § 5, Zif. I, lit. A.

IV. Der Untergang der Liberierungshaftung.

Hier zu untersuchen ist nur noch der Untergang der Haftung durch Weiterveräusserung der Aktien.

A. Voraussetzungen.

Es muss wiederum ein rechtsgültiges Uebertragungsgeschäft vorausgegangen sein, und der neue Erwerber Mitglied der Aktiengesellschaft werden. Wir verweisen auf die Ziff. I bis III.

B. Wirkung der Veräusserung.

Hier haben wir wieder zu unterscheiden, ob es sich um Inhaber- oder um Namenaktien handelt. Für erstere beschränkt sich die Untersuchung auf das geltende Recht, da der Entwurf für Inhaberaktien volle Liberierung verlangt (Art. 683, Abs. 1).

1. **Bei Inhaberaktien.** Vermutungsweise wird der Veräusserer völlig frei. Die gesetzlichen Einschränkungen für die Entlassung beziehen sich nur auf den originären Aktienerwerber.[162])

Ist aber der Veräusserer seinerzeit in die Liberierungshaftung an Stelle des Zeichners getreten und hat die Gesellschaft, gestützt darauf, diesen aus der Haftung entlassen, so ist die Entlassung des derzeitigen Aktionärs wiederum nur unter gleichen Bedingungen möglich, wie sie für den Zeichner möglich war. Der gewöhnliche Fall ist der, dass der hinzutretende Aktionär (als Mitglied der Gesellschaft) neben dem Zeichner für die Liberierung haftet. Der hinzugetretene Aktionär haftet aber nur so lange, als er selbst Mitglied bleibt, und die Haftung hört auf, sobald er seine Aktien weiter veräussert. Nun kann aber der neue Aktionär die Haftung *an Stelle* des Zeichners übernehmen, und nur gestützt darauf darf die Gesellschaft den Zeichner aus der Haftung entlassen.[163]) Dieser Eintritt ist zwar nicht zu vermuten, ist aber Voraussetzung der Entlassung des Zeichners. Ist aber der hinzugetretene Aktionär in die Haftung an Stelle des Zeichners getreten, so haftet er auch wie der Zeichner, und er kann nur entlassen werden, wenn ein neuer Aktionär wiederum an seiner Stelle die Haftung übernimmt. Diese Entlassung ist ebenfalls nicht zu vermuten.[164])

2. **Bei Namenaktien.** a) Nach geltendem Recht: Die Haftung für die Liberierung ist nach Art. 637, Abs. 7 OR. beim Vorhanden-

---

[162]) Vgl. OR. Art. 636, Abs. 2 und 3.

[163]) Vgl. OR. Art. 636, Abs. 2.

[164]) Abweichende Ansicht: Bachmann, Kommentar zu Art. 636, Anm. 4, Abs. 2: «Der Aktiengesellschaft ist in diesen Dingen grösste Sorgfalt unbedingt zuzumuten. Sie soll, was ich immer wieder betone, die Integrität des Grundkapitals wahren und vor allem wissen, wer für die Liberierung haftet.»

sein von folgenden drei Voraussetzungen erloschen: Durch einen vollzogenen Eigentumswechsel der Aktien, durch die Aufnahme des neuen Eigentümers als Mitglied der Gesellschaft und durch die Entlassung des alten Aktionärs aus der Haftung. Für das Uebertragungsgeschäft vergl. die Ziff. II.

Als Mitglied der Gesellschaft ist der neue Aktionär zu betrachten, sobald er im Aktienbuche eingetragen ist.[165]) Für die Entlassung des alten Aktionärs sieht das Gesetz keine Form vor. Diese dokumentiert sich in der Streichung im Aktienbuche. In diesem Falle wird der alte Aktionär völlig frei. Wird er nicht gestrichen, ist zu vermuten, (ex lege aus Art. 637, Abs. 5), dass er aus der Haftung nicht entlassen sei. Dann tritt er in Solidarhaft [166]) mit dem hinzutretenden Aktionär und eventuell den früheren Aktionären ein.

Da die Aktiengesellschaft das Recht hat, den alten Aktionär entweder gar nicht oder völlig zu entlassen, kann sie auch alle Zwischenstufen wählen, wie bedingte Entlassung, etc.

b) Nach E. III: Art. 687, Abs. 3 lautet: «Der Veräusserer, der nicht Zeichner ist, wird durch die Eintragung des Erwerbes der Aktie im Aktienbuch von der Einzahlungspflicht befreit.» Demnach werden durch den Eintrag des neuen Aktionärs im Aktienbuch die Beziehungen der Gesellschaft zum alten Aktionär völlig gelöst. Die Gesellschaft muss den alten Aktionär aus dem Aktienbuche streichen. Tut sie dies nicht, wird diese Eintragung ungerechtfertigt und ohne Bedeutung auf die gelösten aktienrechtlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem ehemaligen Mitgliede.

§ 8.

Die Folgen der Nichterfüllung und des Verzuges.

Der Liberierungsverzug hat für den Aktionär zum Teil eine gesetzliche Folge, die Verpflichtung zur Leistung von Verzugszinsen,[167]) zum Teil durch die Statuten bestimmte Folgen.[168])

Wann der Verzug eintritt, haben wir in § 6, Zif. III, lit. B 3 besprochen, worauf wir verweisen.

I. Der Verzugszins.

Diese Verzugsfolge tritt ein durch gesetzliche Vorschrift. Es ist demnach gleichgültig, ob die Statuten sie besonders erwähnen oder nicht.

---

[165]) Vgl. Zif. III.
[166]) Art. 143 ff. OR.; Bachmann, Kommentar zu Art. 637, Anm. 6.
[167]) OR. Art. 634, Abs. 1; E. III Art. 681, Abs. 1.
[168]) OR. Art. 634, Abs. 2; E. III Art. 681, Abs. 2 und 3.

A. Die haftenden Personen.

Zur Leistung von Verzugszinsen ist nur der vergeblich zur Zahlung aufgeforderte Aktionär verpflichtet, nicht aber seine Rechtsvorgänger, die solidarisch oder subsidiär (vgl. §§ 6 und 7) nur für die *Restliberierung* haften. Ich kann mich der gegenteiligen Ansicht Bachmanns[169]) nicht anschliessen. Es würde zu Unbilligkeiten führen, wenn die Rechtsvorgänger auch für die Verzugsfolgen des direkt Verpflichteten haften würden, da sie unter Umständen von der erfolgten Einforderung gar nichts wissen und auch nicht verpflichtet sind, davon zu wissen. Sie hätten also eventuell gar keine Gelegenheit, rechtzeitig für den Verpflichteten einzuzahlen, um von sich die Verzugsfolgen abzuwenden. Das OR. (wie der E. III) verlangt die Leistung von Verzugszinsen übrigens nur vom säumigen Aktionär. «*Ein Aktionär*, welcher den Betrag seiner Aktien nicht zur rechten Zeit einzahlt,» muss Verzugszinse zahlen. Ebenso postulieren die Art. 636 und 637 OR. die Haftung der Rechtsvorgänger nur für die Restliberierung, nicht auch für die Verzugsfolgen des derzeitigen Aktionärs.[170])

Der Verpflichtete hat gegen die Aktiengesellschaft nicht die Einrede, dass er zur Einzahlung nur gegen die Aushändigung der Aktien verpflichtet gewesen wäre und somit auch nicht zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet sei.[171])

B. Bemessung des Verzugszinses.

Der Verzugszins beginnt zu laufen mit dem Eintritt des Verzuges, also am folgenden Tage nach der unbenützt abgelaufenen Einzahlungsfrist bis zum Zeitpunkt der nachträglichen Erfüllung oder bis zur vollzogenen Kaduzierung.[172])

Der Verzugszins beträgt im Zweifel, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen, 5 % der verlangten Einzahlung.[173])

Erleidet die Aktiengesellschaft einen, den Verzugszins übersteigenden Schaden, so kann sie diesen nach Art. 106 OR. geltend machen.

Die Gesellschaft darf und soll fällige Ansprüche des säumigen Aktionärs gegen diese mit den Verzugszinsen (und der vergeblich verlangten Einzahlung) verrechnen.

---

[169]) Kommentar zu Art. 634, Anm. 1.

[170]) So auch Lehmann, Bd. II, S. 391, und dort zitierte Literatur.

[171]) Weiss, Bd. III 2, No. 6038; Z. B. J. V. 50, S. 151; J. Z. X., 324.

[172]) Lehmann, Bd. II, S. 131 f.; vgl. auch den Text des Art. 681, Abs. 2, des E. III: «Die Verwaltung ist überdies (in allen Fällen*)» (* vom Ständerat gestrichen) «befugt . . .» zu kaduzieren. Somit tritt der Verzugszins ein, unabhängig von der weitern Folge der Kaduzierung.

[173]) OR. Art. 104.

II. Die Konventionalstrafe.

A. Voraussetzungen.

Die Konventionalstrafe als Verzugsfolge ist nach geltendem Recht,[174]) wie nach E. III[175]) nur zulässig, wenn sie im Statut vorgesehen ist. Dabei muss die Konventionalstrafe allgemeiner Ansicht nach in dem Statut stehen, auf das die Zeichnung Bezug nahm. Eine nachträgliche diesbezügliche Ergänzung bedarf zur Gültigkeit der Zustimmung aller Aktionäre.

Die Konventionalstrafe hat in unserem Falle nicht etwa die Bedeutung, dass sie an Stelle der Erfüllung geleistet werden kann. Auf die Liberierung kann und darf die Gesellschaft nicht verzichten, und die Konventionalstrafe tritt immer als Accessorium neben die Liberierung, als Folge des Verzuges, entstanden durch die Nichtinnehaltung der Erfüllungszeit im Sinne von Art. 160, Abs. 2 OR.

Der E. III hat in Art. 682, Abs. 1 die Voraussetzungen zum Verfall einer Konventionalstrafe dahin erschwert, dass, gleich wie für die Kaduzierung, eine dreimalige Zahlungsaufforderung vorausgegangen sein muss. Wir verweisen auf die Ausführungen unter Zif. III, lit. B.

B. Höhe der Konventionalstrafe.

Die Bemessung der Konventionalstrafe ist grundsätzlich dem Statut überlassen. Die statutarische Konventionalstrafe wird von Doktrin und Praxis in der Bemessung mit Recht der vertraglichen Konventionalstrafe nach Art. 160 ff. OR. gleichgestellt.[176]) Demnach unterliegt sie ebenfalls der Herabsetzung nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 163, Abs. 3 OR. Die richterliche Herabsetzung wirkt aber relativ zu Gunsten aller Aktionäre. Da die Höhe der Konventionalstrafe sich im Rahmen der guten Sitte halten muss, ist eine zu hoch limitierte Konventionalstrafe unsittlich, und die betreffende statutarische Bestimmung diesbezüglich ungültig. Meines Erachtens darf für die Bemessung die Konventionalstrafe nicht isoliert betrachtet werden, sondern es müssen auch alle eventuell übrigen Verzugsfolgen berücksichtigt werden.

C. Verhältnis der Konventionalstrafe zum Verzugszins.

Vermutungsweise birgt die Konventionalstrafe auch den Ersatz des Schadens in sich. Daraus ergibt sich, dass ohne besondere statutarische Bestimmung neben der Konventionalstrafe nicht noch

[174]) OR. Art. 634, Abs. 2.
[175]) E. III Art. 681, Abs. 3.
[176]) E. des B. H. G. vom 14. Juli 1932 in Z. B. J. V., Bd. 69, Heft 6, S. 298 f.

Verzugszinse zu entrichten sind.[177]) Anderseits ist zu beachten, dass das Minimum des Verzugsschadens als praesumtio juris et de jure gleich der gesetzlichen Verzugsfolge, dem Verzugszins ist. Erreicht deshalb die Konventionalstrafe dieses Minimum nicht, was praktisch zwar kaum vorkommt, so soll die Aktiengesellschaft diese Differenz in gleicher Weise geltend machen, wie sie es nach Art. 161, Abs. 2 OR. für einen noch weitergehenden, nachweisbaren Schaden tun kann.

III. Die Kaduzierung.

A. Begriff.

1. **Definition:** Die Kaduzierung ist ein im Interesse der Erhaltung des Grundkapitalss gesetzlich geregeltes Verfahren, durch das ein säumiger Aktionär unter Verlust der geleisteten Einlagen aus der Mitgliedschaft ausgestossen wird.[178])

Die Kaduzierung ist ein Institut, das ausschliesslich das Grundkapital schützen will. Deshalb darf die Kaduzierung nie aus einem Grunde erfolgen oder aus einem andern Gesellschaftsinteresse, als dem der Erhaltung des Grundkapitals. In diesem Rahmen ist einzig das Interesse der Gesellschaft massgebend, niemals aber dasjenige des Aktionärs. Wir werden unten sehen, dass der Aktionär durch die erfolgte Kaduzierung von weiteren Verpflichtungen befreit wird. Es lässt sich somit denken, dass die Kaduzierung dazu benutzt werden könnte, den Aktionär von weiteren Einzahlungen zu befreien. Dies wäre ein deliktisches Verhalten und würde demnach den unlautern Zweck nicht erreichen. Natürlich geht die Vermutung dahin, dass die Kaduzierung im Interesse der Gesellschaft erfolgte.

Aus dem Grundsatze, dass die Kaduzierung nie aus persönlichen Gründen erfolgen darf, ergibt sich, dass sie gleichmässig gegen alle säumigen Aktionäre durchzuführen ist.[179])

2. **Abgrenzung zu andern Erscheinungen.** a) Kaduzierung und Einziehung (Amortisation): Wir zitieren dazu Sauter:[180]) «Die Amortisation oder Einziehung von Aktien führt zur völligen Vernichtung der betreffenden Aktienrechte und hat bestimmungsgemäss die Herabsetzung des Grundkapitals zur Folge.

Die Kaduzierung dagegen bezweckt gerade umgekehrt die Erhaltung des Grundkapitals. Sie vernichtet nicht das Aktienrecht

---

[177]) Vgl. Lehmann, Bd. II, S. 391; v. Thur, Bd. II, S. 669; Bachmann, Kommentar zu Art. 634, Anm. 1; Oser, Kommentar zu Art. 160, Zif. 2, lit. b.

[178]) Vgl. dazu auch Sauter, Die Lehre von der Kaduzierung, S. 27; Merk, S. 82.

[179]) Wieland, Bd. II, S. 245; Lehmann, Bd. II, S. 131.

[180]) S. 28.

als solches, sondern nur das Recht des säumigen Aktionärs auf die betreffende Aktie.»

b) Kaduzierung und Kraftloserklärung (Amortisation): Die Kraftloserklärung «führt weder zur Vernichtung des betreffenden Aktienrechts, noch zum Verlust des Anteils des Aktionärs, sondern richtet sich nur gegen die Aktienurkunde, welche durch das Aufgebotsverfahren jeden Wertes bar werden soll.»

B. Voraussetzungen der Kaduzierung.

1. **Nach geltendem Recht.** Die Kaduzierung muss nach Art. 634, Abs. 2 im Statut vorgesehen sein. Die betreffende Bestimmung muss, wie diejenige über die Konventionalstrafe, ursprünglich sein.[181])

Das Verfahren wird in Art. 635 *zwingend* geregelt. Es ist verschieden, je nachdem es sich um Inhaberaktien oder frei übertragbare Namenaktien einerseits, oder um vinculierte Namenaktien anderseits handelt.

Im ersten Falle wird eine dreimalige Aufforderung zur Zahlung in dem vom Statut vorgesehenen Organ für die Kundgebungen der Aktiengesellschaft verlangt. Das Gesetz schreibt vor, dass die letzte Aufforderung mindestens vier Wochen vor dem, für die geforderte Einzahlung festgesetzten Schlusstermin erfolge. Diese Zeit beginnt zu laufen von dem Momente an, nach dem die Bekanntmachung ordentlicher Weise zur Kenntnis des Aktionärs hätte gelangen können. Für die zwei vorhergehenden Aufforderungen hat das Gesetz keine Fristen vorgesehen.[182]) Aus der Geschichte des Art. 635 und dessen Wortlaut[183]) ist aber zu entnehmen, dass die drei Aufforderungen in angemessenen Zeitabständen erfolgen müssen. Eine dreimalige Wiederholung in ein- und demselben Veröffentlichungsorgan genügt nicht.

Negativ ist festzustellen, dass zur Voraussetzung der Kaduzierung nicht nötig ist, dass die Aktiengesellschaft diese ausdrücklich androht, oder dass schon eine nutzlos (vor den für die Kaduzierung notwendigen dreimaligen Aufforderungen) vorausgegangene Zahlungseinforderung erfolgte. Die Aktiengesellschaft kann somit die Zahlungsaufforderung zum vornherein in denjenigen Formen erlassen, nach denen eine Kaduzierung im Falle des Verzuges des Aktionärs möglich ist.

---

[181]) Vgl. Zif. II, lit. A, des Paragraphs; Lehmann, Bd. II, S. 126.

[182]) Anders die deutsche Aktiennovelle; vgl. Lehmann, Bd. II, S. 130 f.

[183]) «Das letzte Mal mindestens vier Wochen vor...» dem Schlusstermin.

Bei vinculierten Namenaktien ersetzt die dreimalige Aufforderung in dem Publikationsorgan der Gesellschaft eine dreimalige direkte Aufforderung durch eingeschriebenen Brief an den betreffenden Aktionär. Die öffentliche Bekanntmachung braucht in diesem Falle nicht zu erfolgen.[184]) Für die Fristen etc. gilt das oben Gesagte.

2. **Nach E. III.** Laut Art. 681, Abs. 2 braucht die Kaduzierung nicht mehr im Statut vorgesehen zu sein. Die Verwaltung ist von Gesetzes wegen berechtigt, zur Kaduzierung zu schreiten, sobald die Voraussetzungen dazu vorhanden sind. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Muss-Vorschrift. Die Statuten können somit die Kaduzierung von der Zustimmung weiterer Organe (z. B. der Generalversammlung) abhängig machen oder sie können die Kaduzierung überhaupt verbieten, was in praxi aber kaum vorkommen wird.

Das Verfahren wird in Art. 682, Abs. 1 bis 2 geregelt. Dabei wird nur noch unterschieden zwischen Inhaber- und Namenaktien.

Bei Inhaberaktien ist es gleich geregelt wie im geltenden Recht.[185]) Wir verweisen auf das sub. 1 Gesagte.

Bei Namenaktien, gleichgültig ob frei übertragbar oder nicht, ist nur noch eine *einmalige* Aufforderung durch eingeschriebenen Brief an den betreffenden Aktionär vorgesehen, ebenfalls mindestens vier Wochen vor dem Schlusstermin der Einzahlungen.[186])

3. **Kaduzierung unter mangelhaften Voraussetzungen.** Die unter den Zif. 1 und 2 besprochenen Voraussetzungen für die Kaduzierung sind zwingendes Recht. Die Rechtsstellung des Aktionärs kann durch die Statuten wohl verbessert, niemals aber verschlechtert werden. Ist die Gesellschaft zur Kaduzierung geschritten unter Missachtung der gegebenen Vorschriften, so stellt sich die Frage, ob die Kaduzierung nichtig oder anfechtbar wird.[187])

Die Nichtigkeit wird angenommen von Wieland[188]) und Sauter,[189]) während Bachmann[190]) nur die Anfechtbarkeit annimmt.[191]) Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Nichtigkeit

---

[184]) OR. Art. 635, Abs. 2.

[185]) E. III Art. 682, Abs. 1.

[186]) E. III Art. 682, Abs. 2.

[187]) Vgl. über diese Frage auch die Ausführungen Lehmanns in Bd. II, S. 34 f.

[188]) Bd. II, S. 240; vgl. aber für den Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit S. 103, insbesondere F. N. 40, und zitierte Literatur.

[189]) S. 60; er verwendet aber nur den Ausdruck «wirkungslos».

[190]) Kommentar zu Art. 635.

[191]) Die Literatur geht sonst der Lösung der Frage behutsam aus dem Wege; welche Schwierigkeit sie bietet, zeigt Wieland in Z. S. R, N. F. XLI, S. 131 ff.

und Anfechtbarkeit würde zur Annahme der ersteren führen.[192]) Angewandt auf die Praxis würde dies aber fast paradoxe Konsequenzen ergeben. Nicht nur der «ausgeschlossene» Aktionär könnte sich auf die Nichtigkeit berufen, sondern jedermann, der irgend ein Interesse hat. Die Literatur hat anerkannt, dass die an Stelle der kaduzierten, neu ausgegebenen Aktien in ihrer Gültigkeit abhängig sind von derjenigen der Kaduzierung. Ist die Kaduzierung nichtig, so bleibt der Aktionär eben nach wie vor vollberechtigtes Mitglied, und die Gesellschaft war nicht berechtigt, neue «Aktien» auszugeben. Der neue «Aktionär» könnte somit die neuen «Aktien» ruhig erwerben. Passt es ihm später nicht mehr, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft schlecht ist und weitere Einzahlungen gefordert werden, könnte er sich auf die Nichtigkeit berufen und geltend machen, dass demzufolge auch die erhaltenen Aktien nichtig seien. Die bereits geleistete Einlage kann er als condictio sine causa zurückfordern oder sie mit den erhaltenen Dividenden verrechnen. Ebensogut könnte auch die Gesellschaft selbst die Nichtigkeit der Kaduzierung geltend machen, wenn sie irgend ein Interesse daran hat. In welche Rechtsunsicherheit bei Annahme einer nichtigen Kaduzierung der «ausgeschlossene» Aktionär geraten würde, braucht nicht weiter gesagt zu werden. Er selbst brauchte den Formmangel des Ausschlussverfahrens gar nicht zu kennen, und wenn er ihn kennt, hätte er eventuell gar kein Interesse, sich auf die Nichtigkeit zu berufen, weil er riskieren müsste, das ganze Verfahren von neuem über sich ergehen zu lassen, ohne dass er jetzt, wie zuvor, zur Zahlung imstande wäre.

Meines Erachtens ist dem Interesse des Aktionärs viel besser gedient, wenn man gegen eine mangelhafte Kaduzierung nur die Anfechtung zulässt, nicht aber deren Nichtigkeit annimmt. Die blosse Anfechtbarkeit darf um so eher angenommen werden, als ja die Vorschriften über die Kaduzierung gerade im Interesse des Aktionärs aufgestellt sind und nicht im Verkehrsinteresse. Deshalb hat es auch keinen Sinn, andern Personen als dem Betroffenen die Entscheidung zu überlassen, ob er ein mangelhaftes Kaduzierverfahren annehmen will oder nicht. Ficht der betroffene Aktionär die Kaduzierung mit Erfolg an, so ist die Wirkung übrigens gleich derjenigen der Nichtigkeit.

Meines Erachtens ist nur die deliktische Kaduzierung nichtig, welche vorgenommen wurde, um Aktionäre von ihrer Liberierungspflicht zu befreien, und an deren Stelle eventuell zahlungsunfähige Strohmänner vorzuschieben.

---

[192]) Vgl. auch v. Tuhr, Bd. I, S. 200 ff.

C. Die Wirkung der Kaduzierung.

1. **Für die Aktiengesellschaft.** Die Kaduzierung ändert das Grundkapital der Gesellschaft nicht. Infolgedessen werden auch keine Aktien als solche vernichtet. Die kaduzierten Mitgliedschaftsrechte fallen an die Gesellschaft zurück. Innerhalb des Grundsatzes, dass das Grundkapital in Aktien zerlegt sein muss und unter Vorbehalt des Erwerbsverbotes eigener Aktien (OR. Art. 628 und E. III, Art. 660) kann die Gesellschaft frei wählen, was sie mit den heimgefallenen Aktienrechten tun will. Sie ist insbesondere berechtigt, die Aktien zum Preise der Restliberierung neu auszugeben.[193]) Für die Theorien, die diesem Aktienerwerb zu Grunde gelegt werden, verweisen wir auf die Ausführungen Lehmanns in Bd. II, S. 134 f.

Ich kann mich der Ansicht nicht anschliessen, dass die Aktiengesellschaft nach erfolgter Kaduzierung weder das Grundkapital herabzusetzen, noch neue Aktien herauszugeben braucht. Die Gesellschaft soll und darf nie ein Grundkapital ausweisen, das tatsächlich nie aufgebracht wird. Aus diesem Grunde soll sie eine dieser Möglichkeiten wählen.

2. **Für den Aktionär.** Die Kaduzierung hat den Ausschluss des Aktionärs zur Folge. Er verliert seine Mitgliedschaft, die mitgliedschaftlichen Bande werden gelöst. Daraus ergibt sich, dass der Aktionär, mit Vorbehalt der gesetzlich statuierten unbedingten Haftung, frei wird; ebenso seine Rechtsvorgänger.[194])

Die Kaduzierung tritt immer an Stelle der Erfüllung, nie aber neben sie. Zahlt irgend jemand für den Aktionär, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund, so darf nicht kaduziert werden. Die Gesellschaft muss somit wählen, ob sie kaduzieren oder im gegebenen Falle die Vormänner belangen will. Der zahlende Rechtsvorgänger ist auf den internen Regress angewiesen. Das ausgeschlossene Mitglied haftet nicht mehr für die Liberierung, wohl aber für den Ersatz des eventuell eingetretenen Schadens. Dieser beträgt zumal den gesetzlichen Verzugszins und dem eventuell von der Gesellschaft weiter geltend gemachten Schaden.[195]) Letzterer ist aber eng zu bemessen. Er begrenzt sich nur auf eine über den Verzugszins durch das Kaduzierungsverfahren entstandene Schädigung,[196]) nicht aber für weitere Folgen. Er haftet insbesondere nicht für einen Ausfall, den die Gesellschaft durch ungünstigen Verkauf der

---

[193]) OR. Art. 634, Abs. 3; E. III Art. 681 in Verbindung mit Art. 623, Abs. 1.

[194]) Lehmann, Bd. II, S. 127; Bachmann, Kommentar zu Art. 634, Anm. 2; Sauter, S. 47.

[195]) Vgl. dazu Zif. I, lit. B.

[196]) Wenn z. B. der ausgeschlossene Aktionär der Gesellschaft die Aktientitel nicht herausgibt. Diese lässt sie amortisieren und lässt neue Titel anfertigen.

neuen Aktien erleiden würde. (Deshalb darf die Gesellschaft die neuen Aktien nicht unter der Restliberierung veräussern.) Die Aktiengesellschaft muss nicht kaduzieren, tut sie es aber, so muss sie zum vornherein mit dieser Möglichkeit rechnen.

Der E. III geht weiter. Er statuiert die Haftung in Art. 682, Abs. 3 auch für diesen Fall. Das liegt nun schon an der äussersten Grenze des Anstandes. Einerseits dem Aktionär das Geleistete zu nehmen, ihn aber anderseits doch für jeden Ausfall am Grundkapital haften zu lassen, ist doch allzusehr die Anwendung des Satzes: Dem, der da nichts hat, wird noch genommen was er hat. Entweder ist die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft gut, dann wird sie ohne Schwierigkeit jemand finden, der die, an Stelle der kaduzierten, neu ausgegebenen Aktien unter Eintritt in die Haftung für die ganze Restliberierung übernimmt, oder sie ist schlecht, dann wird die Gesellschaft die Aktien kaum weiter veräussern können. In diesem Falle haftet der ausgeschlossene Aktionär, wenn auch aus anderem Rechtsgrund, doch wieder für die ganze Restliberierung, nur ohne jeden Anspruch auf irgendeine Gegenleistung. Für die Gesellschaft ist die Kaduzierung unter solchen Verhältnissen vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ein Schlag ins Wasser.

Die Korrektur der oben besprochenen Härte wird einzig darin liegen, dass ein schlechter Verkauf der neuen Aktien präsumtiv der Aktiengesellschaft zur Last gelegt wird, was ja sowieso der Fall ist. Je nachdem die Praxis die Zerstörung dieser Vermutung erschwert, wird die Bestimmung gemildert. Auf alle Fälle haftet der ausgeschlossene Aktionär für den Ausfall am Grundkapital nicht, wenn die Gesellschaft kaduziert hat, ohne die eventuell vorhandenen Vormänner zu belangen.

Wie wir gesehen haben, verliert der ausgeschlossene Aktionär alle geleisteten Einlagen zu Gunsten der Gesellschaft.[197]) Dies ist ein Anwendungsfall von Art. 629, Abs. 3 OR. (E. III, Art. 680, Abs. 2), wonach dem Aktionär kein Rückforderungsrecht für die geleistete Einlage zusteht. Das Gesetz sagt aber ausdrücklich, dass der Verlust nur für die *geleisteten* Teilzahlungen (Teilliberierung) eintritt. Als Teilzahlung in diesem Sinne ist jede früher geleistete Einlage zu betrachten. Leistet der Aktionär die neueingeforderte Einzahlung mit Einverständnis der Gesellschaft nur teilweise (à conto) mit dem Versprechen, den Rest zu einem späteren Termin zu bezahlen, so verzichtet die Aktiengesellschaft auf die Kaduzierung unter der Bedingung, dass die Restzahlung in der versprochenen Zeit erfolge. Kommt der Aktionär damit in Verzug, so kann die Aktiengesellschaft das Kaduzierungsverfahren einleiten.

[197]) OR. Art. 634, Abs. 2; E. III Art. 681, Abs. 2.

Die Kaduzierung tritt aber immer an Stelle der Erfüllung, niemals neben dieselbe. Nun hat der Aktionär im Sinne der Gleichbehandlung aller Mitglieder teilweise erfüllt. Also verliert der Aktionär diese à conto-Zahlung nicht, sondern hat ein Recht auf Verrechnung mit dem Verzugszins und dem eventuell weiter geltend gemachten Schaden.

2. Abschnitt.

Das Objekt der Liberierung (die Aktie).

Einleitung.

Es kann sich hier nicht darum handeln, die allgemeine Lehre von den Aktien wiederzugeben. Wenn wir die Aktie zum Objekt der Liberierung machen, müssen wir darunter die Summe der Rechte und *Pflichten* verstehen, wobei wir von den letzteren nur die Liberierung behandeln.[1])

Vor allem klebt die Liberierungspflicht nicht etwa unbedingt am Aktien-*Titel*. Sie besteht auch, wenn die Gesellschaft keine Aktienscheine herausgibt, wie auch eine Dereliktion derselben die Liberierungspflicht nicht beeinflussen würde.

Die weitern Untersuchungen sollen zeigen, welche Beziehungen die Aktie zu der Liberierung hat. Hierin haben wir zu unterscheiden nach der Art der Aktie (Inhaberaktie § 11, Namenaktie § 12), um dann noch die Liberierung der sogenannten Gratisaktie in § 13 zu besprechen.

Vorgängig möchte ich noch den Inhalt der Aktienurkunde untersuchen, soweit er auf die Liberierung Bezug nimmt (§ 9) und dann den Einfluss einer Aenderung des Nominalbetrages der Aktie auf die Liberierung (§ 10).

§ 9.

Inhalt der Aktienurkunde.

Für die vorliegende Aufgabe ist nur die Bestimmung des Art. 638 OR. (E. III Art. 688, Abs. 1) von Interesse. Er lautet: «Solange Aktien, seien es Inhaber- oder Namenaktien,[2]) nicht voll einbezahlt sind, ist auf jedem Titel der wirklich einbezahlte Betrag deutlich anzugeben...» Diese Bestimmung hat aber nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift,[3]) die die Praxis übrigens

[1]) Für den Begriff «Aktie» vergleiche die Ausführungen in § 2.

[2]) Nach dem E. III kommen nur Namenaktien in Betracht, da Inhaberaktien voll zu liberieren sind.

[3]) Vgl. Bachmann, Kommentar zu Art. 638, Anm. 2; Lehmann, Bd. I, S. 201.

vielfach ignoriert. Keine Angabe über die Liberierungsverhältnisse begründet somit an und für sich die Vermutung der Volliberierung.[4]) Für den wissenden Aktionär (insbesondere für den Zeichner) hat natürlich eine falsche diesbezügliche Angabe keine Wirkung. Aber auch der gutgläubige Aktienerwerber darf sich auf die Wahrheit der Angabe nur bedingt verlassen. Es sind folgende zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Liberierungsangabe ist relativ (in Bezug auf andere Aktien) richtig, aber es kommt heraus, dass der frühere Aktionär nicht in diesem Verhältnis geleistet hat.

In diesem Falle haftet der neue Aktionär nicht dafür. Die Aktiengesellschaft kann in allen Fällen den früheren Aktionär nur unter der Bedingung der richtig geleisteten Erfüllung für künftige Einzahlungen entlassen und nicht für solche, die er geleistet haben sollte.[5])

2. die Liberierungsangabe ist aus irgendeinem Grunde zu hoch eingetragen.

Hier tritt der neue Aktionär in die Haftung ein, und zwar für die ganze Restliberierung. Vorbehalten bleibt ihm dann ein Schadenersatzanspruch gegen die Aktiengesellschaft und eventuell gegen den Verkäufer der Aktie.

Allgemein kann gesagt werden, dass der neue Aktionär eine beschränkte Prüfungspflicht für die Wahrheit der Liberierungsangabe hat. Der Erwerber, der Kaufmann ist und die Gesellschaft kennt, könnte z. B. im niedrigen Kaufpreise erkennen, dass die Angabe kaum richtig sein kann.

Der E. III verpflichtet die Gesellschaft in Art. 688, Abs. 2, die jeweilige Liberierung im Handelsregister eintragen zu lassen. Da der Gutgläubige sich auf den Eintrag (nicht auf die Skriptur im Aktienbrief) verlassen darf, ist er soweit geschützt.[6])

§ 10.

Der Nominalbetrag der Aktie.

I. Begriff und Bedeutung des Nominalbetrages.

Der Nominalbetrag der Aktien ist, wie diese selbst, im Statut verankert. Nur diejenigen Aktien, die im Statut begründet sind,

[4]) So auch Silbermann und zitierte Autoren, S. 227.

[5]) B. G. E.: «Ist aber der neue Erwerber der Aktien nicht zur Nachzahlung verpflichtet worden, so konnte die Generalversammlung auch den Zeichner der Aktien durch ihren Beschluss nicht von der Liberierungspflicht befreien.» Vom 12. April 1931. «Bund» No. 166.

[6]) Für weitere Fragen vgl. Silbermann, S. 98 ff.

sind Aktien im Rechtssinne. Das Statut selbst erhält seine Rechtskraft durch den Eintrag im Handelsregister. Rechtsverbindlich ist nur das eingetragene und veröffentlichte Statut.[7]) Daraus ergibt sich folgendes: Wenn zwischen Statut und Aktie Unterschiede bestehen, so ist das Statut massgebend.[8]) Der Nominalbetrag der Aktie richtet sich immer nach dem Statut und nicht nach einer (falschen) Angabe im Aktientitel.[9]) Die Aktiengesellschaft kann allerdings schadenersatzpflichtig werden, wenn die falsche Angabe Schaden verursacht.

Die Aktie ist ferner eine Quote des *Grundkapitals* und als solche nicht etwa die Quote des Vermögens der Gesellschaft. *Der Nominalbetrag der Aktie ist diejenige Summe, die kraft Statut an das Grundkapital der Gesellschaft geleistet werden soll.*

Unser Recht (auch der E. III) verlangt ausdrücklich die Angabe des Nominalbetrages.[10]) Es lässt nur die Summenaktie zu, nicht die Quotenaktie.[11]) Der Nennwert der Aktie ist die Einheit der Teilung des Grundkapitals. Daraus folgt, dass weder die Gesellschaft noch der Aktionär weiter teilen darf. Die Festsetzung des Grundkapitals und des Nominalbetrages der Aktie müssen uno actu erfolgen. Dem spricht nicht entgegen, dass durch Statutenänderung «geteilt» werden kann. Teilung ist eben immer relativ, nicht absolut zu verstehen.

Wie gross der Nennbetrag der Aktie sein soll, kann das Statut frei bestimmen. Das Gesetz[12]) schreibt nur Begrenzungen des Grundkapitals vor, und zwar das geltende Recht nur, wenn Inhaberaktien ausgegeben werden, der E. III allgemein. Der Nominalbetrag der Aktie sollte in einem vernünftigen Verhältnis zum Grundkapital stehen. Insbesondere sollte er nicht so niedrig sein, dass die Durchführung der Generalversammlung bei Teilnahme aller Aktionäre wegen ihrer hohen Zahl praktisch ausgeschlossen ist.[13])

II. Die Aenderung des Nominalbetrages.

Hier haben wir zu unterscheiden, ob durch die Aenderung des Nominalbetrages der Aktien das Grundkapital verändert werden soll oder nicht.

---

[7]) Vgl. OR. Art. 626, Abs. 2 und 3; E. III Art. 646, Abs. 1 und 3, 652, Abs. 2.
[8]) So auch Lehmann, Bd. I, S. 201; ferner § 2 vorliegender Arbeit.
[9]) Vgl. den Text des Art. 633 OR.
[10]) OR. Art. 616, Zif. 4; E. III Art. 625, Zif. 3.
[11]) Vgl. darüber Popp, Die Aktie ohne Nennwert.
[12]) OR. Art. 614, Abs. 4; E. III Art. 620.
[13]) Zur Kritik niedriger Nominalbeträge siehe Lehmann, Bd. I, S. 178 f.

A. Bei gleichbleibendem Grundkapital.

Es handelt sich hier um die sogenannte Zerlegung oder die Zusammenlegung von Aktien. Das geltende Recht gestattet grundsätzlich beides, insofern das Grundkapital nicht verändert wird.[14]) Die Bestimmung des Art. 614 OR. ist aber äusserst unklar[15]) und die Einschränkung wird von der Praxis nicht mehr befolgt.[16]) Sie ist mit Recht nicht in den Entwurf aufgenommen, der in Art. 622 die bestehende Praxis wiedergibt. Voraussetzung für die Zerlegung wie für die Zusammenlegung ist eine diesbezügliche Statutenänderung.[17]) Daraus folgt, dass der Aktionär den Nominalbetrag nicht ändern kann. Eine «Aenderung» durch den Aktionär ist aktienrechtlich vollständig irrelevant.

1. **Die Zerlegung.** Diese darf die Aktiengesellschaft ohne weiteres vornehmen. Sie verletzt weder die Interessen der Aktionäre, noch verpflichtet sie zu weitern Einlagen.[18]) Die Gesellschaft ist auch frei in der Verteilung der Liberierung auf die zerlegten Aktien. Wird z. B. eine Aktie von nominal a Franken, die mit 20 % liberiert ist, zerlegt in zwei Aktien von $\frac{a}{2}$ Franken, so kann die Liberierung auf einer Aktie belassen werden. Sie wäre demnach liberiert zu 40 %. Die andere Aktie muss aber von Gesetzes wegen auch zu mindestens 20 % liberiert werden; somit muss die Aktiengesellschaft in diesem Falle $\frac{a}{10}$ Franken einfordern. Die Liberierung kann aber auch auf beide Aktien verteilt werden und somit keine neue Einzahlung nötig machen.

Auf den neuen Titeln ist die Liberierung anzugeben (vgl. Zif I) und nach dem E. III im Handelsregister eintragen zu lassen.

2. **Die Zusammenlegung (Vereinigung).** Diese ist nicht möglich ohne Eingriff in die Interessensphären der Aktionäre. Ein Aktionär, der für die Zusammenlegung nicht die notwendige Anzahl von Aktien hat, müsste sich die fehlenden vorerst erwerben, wodurch seine Einlagepflicht erhöht würde. Dazu kann er nach Art. 633 OR. nicht gezwungen werden. Deshalb kann eine Zusammenlegung nur mit Zustimmung des Aktionärs erfolgen, was im E. III ausdrücklich gesagt ist.[19])

---

[14]) OR. Art. 614, Abs. 2.

[15]) «Der Nominalbetrag darf **während des Bestehens der Gesellschaft...**» Etwas anderes ist sowieso nicht gut möglich!

[16]) Vgl. lit. B; Bachmann, Kommentar zu Art. 614, Anm. 7; Wieland, Bd. II, S. 164.

[17]) Vgl. E. III Art. 622, Abs. 2; aber auch so nach geltendem Recht.

[18]) Lehmann, Bd. I, S. 187; Wieland, Bd. II, S. 164.

[19]) Art. 622, Abs. 3.

3. **Die Amortisation von Aktien.** Vorerst eine Frage allgemeiner Natur: Können Aktien amortisiert werden ohne Aenderung des Grundkapitals? Braucht somit der Grundsatz, dass das Grundkapital der Gesellschaft in Aktien zerlegt sein muss, nicht innegehalten zu werden?

Zugegeben ist, dass dem Grundkapital wirtschaftlich eine nicht viel grössere Rolle, als diejenige eines fixen Passivpostens in der Bilanz zukommt. Vermögen und Grundkapital sind wirtschaftlich eine Einheit. Rechtlich ist das aber nicht der Fall. Art. 612 OR. (E. III, Art. 619, Abs. 1) bestimmt begrifflich, dass die Aktiengesellschaft ihr Grundkapital in Aktien zerlegt haben soll. Das ist keine blosse Ordnungsvorschrift,[20]) sondern bildet die *Legaldefinition*, die Begriffsbestimmung der Aktiengesellschaft. Ohne zwingenden Grund eine Ausnahme zu machen, und einen solchen sehe ich nicht ein, scheint mir unrichtig. Gewiss muss das Recht sich der Wirtschaft anschliessen und nicht umgekehrt. Anderseits kann das Recht nicht ohne Begriffe auskommen, wenn es nicht seine Objektivität verlieren will. Letzten Endes führt aber eine subjektiv eingestellte Judicatur zur Rechtsunsicherheit, und damit ist gerade der Wirtschaft am schlechtesten gedient.

Das geltende Recht, wie der E. III verlangen die Summenaktie und lehnen die Quotenaktie ab; ein Grund mehr, an der Innehaltung der rechnerischen Teilung des Grundkapitals festzuhalten.[21])

Wenn sich die Praxis trotzdem zur Möglichkeit der Amortisation ohne Herabsetzung des Grundkapitals entschliesst, so stellt sich die Frage, ob nun teilliberierte Aktien amortisiert werden können? Die Frage beantwortet sich von selbst. Die Amortisation hat die Vernichtung der betreffenden Mitgliedschaften zur Folge. Die Rechte und *Pflichten des Aktionärs* hören auf, somit auch die Haftung für weitere Einlagen. Da aber das Grundkapital intakt bleiben soll, dürfen nur voll liberierte Aktien amortisiert werden. Werden nur teilliberierte Aktien amortisiert, bedeutet dies eine effektive Herabsetzung des Grundkapitals, da ja für die Einzahlungen niemand mehr haftet. Eine Herabsetzung darf aber nicht ohne Beachtung der Gläubigerschutzvorschriften vorgenommen werden, ansonst die Folgen des Art. 670, Abs. 3 eintreten.[22])

---

[20]) Wie z. B. Merk (S. 87) annimmt.

[21]) Für und wider vgl. Merk, S. 85.

[22]) Für weiteres verweisen wir auf E. Peduzzi, Die Aktienamortisation; für Obiges insbesondere auf § 10; Bachmann, Kommentar zu Art. 628, Anm. 2 a; Wieland, Bd. II, S. 164.

B. Mit Veränderung des Grundkapitals.

Vorerst müssen wir uns mit der Bestimmung von Abs. 2 des Art. 614 OR. auseinandersetzen, die lautet: «Der Nominalbetrag der Aktien darf während des Bestehens der Gesellschaft[23]) weder vermindert noch erhöht werden, sofern dadurch der Nominalbetrag des Grundkapitals eine Veränderung erleidet. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Art. 670.»

Demnach darf der Nennbetrag der Aktien nur zum Zwecke der Verminderung des Grundkapitals herabgesetzt, nicht aber zur Erhöhung des Grundkapitals heraufgesetzt werden. Es ist aber gar nicht einzusehen, warum das eine möglich sein soll und das andere nicht. Selbstverständlich ist, dass die Erhöhung des Nominalbetrages eine vermehrte Einlagepflicht in sich birgt und dass deshalb der Aktionär zustimmen muss. Ist dies aber der Fall, so kommt es ganz auf dasselbe heraus, ob die Aktiengesellschaft neue Aktien herausgibt, oder, um sich Kosten zu ersparen, einfach durch Abstempelung den Nennbetrag der vorhandenen Aktien heraufsetzt.

Uebrigens könnte das gleiche Ziel auf ganz einfache Weise lege artis erreicht werden. Wir haben früher gesehen, dass die Ausgabe von Aktien*briefen* nicht notwendig ist. Also könnte die Gesellschaft die Neuausgabe von Aktien beschliessen, ohne aber Dokumente herauszugeben. Hierauf könnte die Zusammenlegung der alten und neuen Aktien beschlossen werden, was nicht gegen Art. 614, Abs. 2 OR. verstösst, da ja das (schon erhöhte) Grundkapital unverändert bleibt.

Die Erhöhung des Grundkapitals durch Heraufsetzen des Nominalbetrages der Aktien ist deshalb unter der selbstverständlichen Voraussetzung des Zustimmens des Aktionärs, trotz Art. 614, Abs. 2 OR., zulässig.[24]) Der E. III hat diese Bestimmung mit Recht fallen gelassen. Praktisch wird diese Art der Kapitalerhöhung nur bei Gesellschaften mit kleiner Mitgliederzahl (Familien A.-G.) möglich sein. Wirtschaftlich ist gegen dieses Vorgehen gar nichts einzuwenden, da es ja geeignet ist, der Gesellschaft Kosten zu ersparen.[25])

Folgend wollen wir nun die Erhöhung und Herabsetzung des Nennbetrages getrennt behandeln.

1. **Die Erhöhung des Nennwertes:** Die Aktiengesellschaft kann, wie gesagt, ihr Grundkapital auf zwei Arten erhöhen: Einmal durch die Emission neuer Aktien und dann durch die Erhöhung des

[23]) Etwas anderes ist sowieso nicht möglich.
[24]) Vgl. Wieland, Bd. II, S. 164, insbesondere F. N. 8.
[25]) Vgl. oben.

Nominalbetrages der bestehenden Aktien. Nur der zweite Fall soll hier betrachtet werden.

Die Erhöhung des Nominalbetrages kann nie ohne Zustimmung des Aktionärs vorgenommen werden.[26]) Der Aktionär muss sich zu einer weitern Einlage verpflichten. Nicht nötig ist zur Erhöhung, dass der bisherige Nominalbetrag tatsächlich einbezahlt wurde.[27]) Die weitere Einlage muss entweder formal gezeichnet werden oder aus der öffentlichen Urkunde über die Statutenänderung muss ersichtlich sein, dass alle Aktionäre der Erhöhung zustimmten. Die Zustimmung enthält in diesem Falle auch das Einlageversprechen. Die Haftung ist in jedem Falle gleich der Zeichnerhaftung. Bachmann nimmt[28]) an, dass eine Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrages der Aktien, ohne gleichzeitige Neuemission, nicht statthaft sei.[29]) Dies ist aber nicht einzusehen, da der Boden des Art. 614 OR. verlassen wurde.

Eine weitere Frage bildet das Liberierungsverhältnis der erhöhten Aktie zum alten Nennbetrag. Z. B.: Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft werde verdoppelt unter Erhöhung des Nominalbetrages der Aktien auf das Zweifache. Ist nun die alte (Namen-) Aktie zu 40 % liberiert, kann die neue Aktie, mit nun verdoppeltem Nennbetrag, nur zu 20 % liberiert sein, so dass keine Einzahlung nötig ist? Wenn ja, haben wir eine Kapitalerhöhung vor uns, bei der keine weiteren Einzahlungen erforderlich sind. Dies widerspricht meines Erachtens dem rechtlichen Wesen und der Funktionen des Grundkapitals. Dieses soll nicht nur in Forderungen bestehen, sondern zu einem Minimum realiter vorhanden sein. Deshalb muss die Erhöhung zu mindestens 20 % einbezahlt werden, und der Handelsregisterführer soll sich über die erfolgte Einzahlung vergewissern, bevor er die neuen Statutenbestimmungen einträgt.

2. **Die Herabsetzung des Nennbetrages.** Da das Grundkapital der Aktiengesellschaft in Aktien zerlegt sein muss, bedeutet die Herabsetzung des Nennbetrages (nicht durch Zerlegung) zugleich eine Reduktion des Grundkapitals. Die Herabsetzung des Nennbetrages kann gleichmässig für jede Aktie erfolgen oder es können einzelne Aktien amortisiert, d. h. ihr Nennwert auf null herabgesetzt werden, und endlich können Aktien zusammengelegt werden, so dass z. B. an Stelle von zwei Aktien, mit je a Fr. nominal, nur noch eine von a Fr. tritt.

---

[26]) Vgl. lit. A, Zif. 2.
[27]) Wieland, Bd. II, S. 163.
[28]) Kommentar zu Art. 614, Anm. 7.
[29]) Gleicher Ansicht ist Wieland, Bd. II, S. 164; Lehmann, Bd. I, S. 187.

Der Aufgabe der vorliegenden Arbeit entsprechend, betrachten wir diese Vorgänge nur unter der Annahme, dass die Aktien nicht voll liberiert seien.

Wir sahen, dass das Statut sagen muss, wie gross der Nominalbetrag der Aktien sein soll. Jede Veränderung desselben macht eine Statutenänderung notwendig. Anderseits ist der Aktionär nur zu der statutarischen Leistung verpflichtet (OR. Art. 633), d. h. zu der durch das Statut festgesetzten Höhe der Aktie. Wird demnach der Nominalbetrag der Aktie durch das Statut herabgesetzt, so verringert sich entsprechend die Einlagepflicht des Aktionärs. Dem wirtschaftlichen Erfolge nach steht dem die Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre gleich.[30]) Die Herabsetzung des Nominalbetrages bedarf deshalb auch der gleichen Voraussetzungen und Formen, wie die Rückzahlung des Grundkapitales an die Mitglieder.[31]) Wir verweisen dafür auf A. Merk: «Die Herabsetzung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft.» Merk nimmt aber an,[32]) dass massgebend die Aenderung des Nominalbetrages auf dem Aktien*titel* wirkt. Dies ist unrichtig. Wir haben früher gesehen, dass nur das Statut den Nominalbetrag bestimmen kann, und nie der Aktientitel selbst. Die Aktie ist abhängig vom Statut, und nie das Statut von der Aktie. Massgebend wirkt somit die Statutenänderung. Da aber diese wiederum erst mit dem Eintrage ins Handelsregister verbindlich wird, so ist auf den Eintrag abzustellen. Mit dieser Einschränkung ist Merk sonst zuzustimmen.

Eine Neuerung bringt der E. III in Artikel 744, Abs. 2. Danach kann die Gesellschaft zum Ausgleich einer, *durch Verluste entstandenen,* Unterbilanz das Grundkapital *in diesem Umfange* herabsetzen, ohne Beachtung der Gläubigerschutzvorschriften. Der Absatz 3 dieses Artikels bestimmt, dass das Grundkapital durch Herabsetzung des Nennwertes zu reduzieren sei. Fraglich ist nun wieder, ob die Herabsetzung des Nennwertes zum genannten Zweck auch für nur teilliberierte Aktien zulässig ist? Die Frage ist zu verneinen. Es ist wieder zu beachten, dass natürlich auch diese Herabsetzung eine diesbezügliche Statutenänderung voraussetzt. Damit würden aber die Aktionäre in diesem Rahmen von der Verpflichtung zur Einzahlung befreit. Das ist aber einerseits undenkbar ohne Rücksichtnahme auf die Gläubiger, anderseits ist zu beachten, dass nur die *Unterbilanz* auf diese Weise ausgeglichen werden darf. Der Anspruch der Gesellschaft auf die Restliberierung bildet aber einen Aktivposten in der Bilanz, der in dem Masse verschwinden

[30]) So Bachmann, Kommentar zu Art. 670, Anm. 3; Merk, S. 72.
[31]) OR. Art. 670; E. III Art. 742 ff.
[32]) S. 79.

würde, in dem die Aktionäre von ihrer Einzahlungspflicht entbunden würden. Somit würde die Erleichterung der Passivsumme durch Herabsetzung des Grundkapitals kompensiert durch die geringere Aktivsumme, infolge Verlust der Liberierungsguthaben.

Da das Grundkapital auf diesem Wege nur zum Ausgleich einer Unterbilanz durch erlittenen Verlust *im Umfange des Verlustes* herabgesetzt werden darf, setzt dieses Verfahren voll liberierte Aktien voraus.

§ 11.

Die Inhaberaktie.

I. Allgemeines.

Wann eine Inhaberaktie vorliegt, entscheidet nicht der Text des Aktienbriefes, sondern das Statut der Gesellschaft.[33]) Nach geltendem Recht, wie nach E. III, *muss* dieses bestimmen, welcher Art die Aktien sein sollen.[34]) Der Aktientitel lässt bloss die Vermutung zu, dass eine bestimmte Aktienart vorliegt. Wenn z. B. die Statuten nur Namenaktien vorsehen, der Text des Aktienbriefes aber auf eine Inhaberaktie schliessen lässt, so ist es keine Inhaber-, sondern eine Namenaktie.Veräussert der Besitzer das Papier, bleibt er trotzdem Mitglied der Gesellschaft, solange er im Aktienbuche eingetragen bleibt. Der Erwerber einer solchen «Inhaber»-Aktie wird umgekehrt nicht Mitglied der Gesellschaft. Diese, und event. der Veräusserer, haftet natürlich für den Schaden, der durch solche mangelhafte Titel entsteht. Praktisch sind solche Fälle kaum geworden.

Im weitern behandeln wir die Inhaberaktie unter dem geltenden Recht und dem E. III getrennt.

II. Die Inhaberaktie unter dem geltenden Recht.

Nach geltendem Recht dürfen Inhaberaktien nur unter zwei Voraussetzungen ausgegeben werden: Einmal muss das Grundkapital der Gesellschaft mindestens ½ Million Franken betragen,[35]) sodann müssen sie mindestens 50 % liberiert sein.[36]) Das Gesetz selbst sagt nichts über die Folgen, die die Ausgabe von Inhaberaktien beim Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen nach sich ziehen. Meines Erachtens werden die Aktien nicht schlechthin

[33]) Vgl. die §§ 9 und 10; Lehmann, Bd. II, S. 106.
[34]) OR. Art. 616, Abs. 5; Art. 626, Abs. 4, Zif. 8; E. III, Art. 625, Zif. 3.
[35]) OR. Art. 614, Abs. 4 (Bundesratsbeschluss).
[36]) OR. Art. 636, Abs. 1.

nichtig.[37]) Wie auch das Bundesgericht ausführte,[38]) ist die Nichtigkeit nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung anzunehmen. Die Aktien sind gültig, aber die Gesellschaft haftet für den eintretenden Schaden, der aus der Missachtung der erwähnten Bestimmungen erwächst. Praktisch kommt nur die Missachtung der verlangten Mindestliberierung in Frage. Da die Gesellschaft Inhaberaktien nur mit einer Mindestliberierung ausgeben darf, vermag sie den Zeichner solcher Aktien nie und nimmer von dieser Einzahlung zu befreien. In einem Entscheid des Zch. H. G.[39]) ist ausgeführt: «Bei nicht liberierten Inhaberaktien (oder Interimsscheinen) haftet die Verbindlichkeit zu weitern Einzahlungen auf der Urkunde selbst;» weiter unten: «Richtig ist freilich, dass das Gesetz eine unbedingte Haftung des *Zeichners* einer Inhaberaktie bis zur Einzahlung von 50 % des Nominalbetrages statuiert (Art. 636, Abs. 2 OR.), und dass die Aktiengesellschaft diese Verpflichtung auch nicht in ihren Statuten ausschliessen kann. Allein nach der oben entwickelten Auffassung handelt es sich bei der fraglichen Haftung nur um eine bürgschaftsähnliche, akzessorische Verpflichtung, die zum Zwecke der Sicherung des Grundkapitals dient, die aber die aus der Mitgliedschaft fliessenden und den Mitgliedschaftsrechten korrespondierende Hauptverpflichtung der Aktionäre nicht berührt.»

Diese Ansicht ist unrichtig. Die Gesellschaft *darf* Inhaberaktien nicht vor 50prozentiger Einzahlung ausgeben. Daraus folgt umgekehrt: Der Zeichner einer Inhaberaktie verpflichtet sich mit der Zeichnung, mindestens 50% (wenn die Statuten keine höhere Liberierung vorsehen) des Nominalbetrages sofort, d. h. bis zur ersten Generalversammlung zu bezahlen. Tut er dies nicht, so haften einerseits die Herausgeber der Aktien für eine eintretende Einbusse, anderseits bleibt die Verpflichtung *prinzipal* und unbedingt[40]) auf dem Zeichner ruhen. Weder die Gesellschaft, noch ein Dritter vermag ihn davon zu befreien. Natürlich kann ein Dritter, insbesondere ein Aktienerwerber, *neben* dem Zeichner in die Haftung eintreten. Das muss aber dann ausdrücklich abgemacht werden und ist nicht zu vermuten. Ist dies nicht der Fall, haftet der hinzutretende Aktienerwerber für die gesetzliche (oder statutarische) Mindestliberierung nicht.

Dies zeigt wieder, was wir schon in § 2 gesagt haben und vom Bundesgericht anerkannt ist, dass die Liberierung eben nicht

[37]) Anders Bachmann, Kommentar zu Art. 636, Anm. 2, Abs. 3.
[38]) Pr. V, No. 26, E. 9.
[39]) Vom 16. April 1915, Bl. XV, 381, in Weiss, Bd. III 2, No. 6039.
[40]) Vgl. Art. 636, Abs. 2, OR.

wertpapiermässig mit der Aktie verbunden ist. Die Minderheit des Zch. H. G. vertrat in Anlehnung an die Literatur[41]) ebenfalls diese Ansicht.

III. Die Inhaberaktie nach dem Entwurf III.

Fallen gelassen hat der E. III die untere Begrenzung des Grundkapitals bei Ausgabe von Inhaberaktien.[42]) Das Grundkapital *jeder* Aktiengesellschaft muss mindestens 20'000 Fr. betragen.[43])

Art. 683, Abs. 1, bestimmt, dass Inhaberaktien (oder Interimsscheine) erst nach voller Liberierung ausgegeben werden dürfen. Der Abs. 2 dieses Artikels lautet: «Vor der Volleinzahlung ausgegebene Titel sind nichtig.» Daraus ergibt sich, dass für die Liberierung nur und immer nur der Zeichner haftet. Im übrigen hat die Anwendung der Nichtigkeitsbestimmung für nicht voll liberierte Inhaberaktien unüberwindliche Schwierigkeiten zur Folge. Wann eine Aktie liberiert ist, ist eine tatsächliche Frage. Das Handelsregister beantwortet sie nicht. Der Registerführer hat keine materielle Prüfungspflicht. Entweder kennt er die Tatsache der nicht erfolgten Volleinzahlung, dann wird er den Eintrag verweigern, oder er kennt sie nicht und trägt die Gesellschaft ein. Mit dem Eintrage ist aber die Gesellschaft entstanden, unabhängig von der Rechtsgültigkeit der Aktien. Sind diese nicht voll liberiert und damit nichtig, haben wir eine Gesellschaft vor uns, die keine Aktien ausgegeben hat. Nicht ausgegebene Inhaberaktien sind schon an und für sich ein Unding, denn die Inhaberaktien sind ihrem Wesen nach ja gerade zum Ausgeben bestimmt. Nehmen wir jetzt an, ein Aktionär habe die Aktie nicht voll liberiert. Trotzdem gebe ihm die Gesellschaft den «Aktien»-Titel heraus. Mit diesem Papier wird nun gehandelt. Wer will nach geraumer Zeit noch feststellen, welche «Aktie» wertlos ist und welche gültig? Durch die nicht volle Liberierung einer Aktie ist das Grundkapital nicht vollständig aufgebracht. Vom Standpunkt der Gesellschaft aus ist zu vermuten, dass alle Aktien gleichmässig nicht voll einbezahlt seien, denn die Aktie ist ein Teil des Grundkapitals. Vom Standpunkt des Aktionärs ist zu vermuten, dass die Aktie voll liberiert sei, denn sonst hätte der Titel nicht herausgegeben werden dürfen. Nehmen wir jetzt an, alle seien nicht voll einbezahlt und damit die herausgegebenen Titel nichtig. Inzwischen ist mit diesen «Aktien» gehandelt worden. Die gutgläubigen Erwerber müssen nun plötzlich erkennen, dass sie wertlose Papiere erworben haben und dass sie nicht Mitglieder der Gesellschaft wurden. Wir

[41]) Renaud, S. 703—707; Lehmann, Bd. II, S. 389 ff.
[42]) Für die Gründe vgl. die Botschaft des Bundesrates zum E. III, S. 20 f.
[43]) Art. 620.

haben unter Umständen eine Gesellschaft, die gar keine Mitglieder hat und deren «Organe» aus lauter Nichtmitgliedern zusammengesetzt sind. Jetzt ist wiederum ein unlösbares Problem vorhanden. Einerseits ist die Gesellschaft durch den Eintrag existent, anderseits kann man sich eine Gesellschaft ohne Mitglieder schlechterdings nicht vorstellen. Wirkt die nachträgliche Volliberierung heilend? Man muss wohl annehmen, dass dies der Fall ist, und dass die Heilung ex tunc wirkt. Damit verliert aber die Nichtigkeitsbestimmung des Abs. 2 von Art. 683 jede Bedeutung. Die nichtigen «Aktien» haben durch die Heilung jede Wirkung ausgeübt, die gültige Aktien auch gehabt hätten. Die Folgen der Nichtigkeit lassen sich gar nicht durchführen. Die Zeit heilt an und für sich, d. h. die tatsächlichen Verhältnisse werden so stark, dass praktisch die Folgen der Nichtigkeit gar nicht eintreten können, oder, um mit Lehmann [44]) zu sprechen, die Sektion der Leiche würde immer schwieriger.

Der Widerspruch und damit die Unlösbarkeit des Problems liegt in folgendem: *Man kann nicht einerseits die Aktiengesellschaft rein formal entstehen lassen, anderseits aber eines ihrer wichtigsten Begriffsmerkmale in seiner Gültigkeit von tatsächlichen Verhältnissen abhängig machen.* Der Nichtigkeit kann im Rechtsleben überhaupt nur ein enger Raum beschieden sein. Das Recht regelt die Verhältnisse der Menschen untereinander. Diese Verhältnisse haben aber immer ein positives Operationszeichen, auch wenn das Vorzeichen negativ sein kann. Damit ist auch gesagt, dass, wenn das Recht regeln will, es dies eben tun muss und nicht Vorhandenes als nicht existent, als nichtig betrachten darf.

Meines Erachtens sollte der Abs. 2 von Art. 683 unbedingt gestrichen werden. Wäre er nicht vorhanden, hätte man ein klares Haftungsverhältnis wie nach geltendem Recht (vgl. Zif. II), nur analog für die volle Liberierung. Die Zeichner hafteten unbedingt für die ganze Einzahlung, die Herausgeber für jeden Schaden, der durch die Ausgabe von nicht liberierten Aktien entsteht, aber die Aktien als solche wären gültig.

IV. Die Umwandlung einer Namenaktie in eine Inhaberaktie.

Die Möglichkeit der Umwandlung muss im Statut vorgesehen sein.[45]) Zur Umwandlung berechtigt ist nur die Aktiengesellschaft, niemals der Aktionär. Ob dieser sie verlangen kann, entscheidet das Statut. Selbstverständlich müssen die allgemeinen Voraussetzungen, die für Inhaberaktien vorgesehen sind, vorhanden sein.

[44]) Bd. I, S. 430 ff.
[45]) OR. Art. 616, Zif. 5; E. III Art. 621, Abs. 3.

So muss insbesondere nach geltendem Recht das Grundkapital der Aktiengesellschaft mindestens 500'000 Fr. betragen, die Aktie selbst zu wenigstens 50 % und nach E. III voll liberiert sein.

Der Zeichner der Namenaktie haftet für die Liberierung nach den Bestimmungen über die Namenaktie.[46]) Die Umwandlung der Namenaktie in eine Inhaberaktie ist für ihn von Interesse, wenn er nicht aus der Haftung entlassen wurde und die Aktie auch nicht liberiert ist. Da der jeweilige Eigentümer der Inhaberaktie meist unbekannt ist, würde sich für die Zeichner das Risiko vergrössern, nachträglich für die Liberierung belangt zu werden. Das Haftungsrisiko des Zeichners darf nicht durch einseitigen Gesellschaftsakt vermehrt werden. Zudem haftet der Zeichner nur für die Liberierung der *Namen*-Aktie und nicht für diejenige einer späteren Inhaberaktie. Die Namenaktie muss auch, infolge der Umwandlung, aus dem Aktienbuche gestrichen werden, womit die Haftung für diese erlischt.

Es ist Sache der Gesellschaft, vom Aktionär vor der Umwandlung entweder die Restliberierung zu verlangen oder aber ihn in eine unbedingte Haftung dafür eintreten zu lassen.

Anhang.

Es mag von allgemeinem Interesse sein, dass in letzter Zeit der Inhaberaktie, wie überhaupt den Inhaberpapieren, der Kampf angesagt ist. Diese Bewegung kommt hauptsächlich von Frankreich aus. Der Grund ist fiskalischer Natur. Ob sich daraus eine Unterdrückung der Inhaberpapiere rechtfertigt, ist eine Frage der Interessenabwägung zwischen der Wirtschaft und dem Fiskus. Wenn der wirtschaftliche Verkehr an den Inhaberpapieren aus guten Gründen hängt und sie ohne dessen Schädigung nicht eingeschränkt werden könnten, was wohl der Fall sein wird, dann soll sich der Fiskus danach einstellen. Die Wirtschaft schädigen, um dem Fiskus zu helfen, kann man nicht; der Widerspruch liegt auf der Hand.

§ 12.

Die Namenaktie.

I. Allgemeines und Liberierungsverhältnisse.

Das geltende Recht bestimmt nur, dass die Namenaktie mit mindestens 20 % liberiert sein muss.[47]) So auch der E. III.[48])

[46]) OR. Art. 637; E. III, Art. 687, Abs. 2.
[47]) OR. Art. 618, Abs. 1.
[48]) Art. 638, Abs. 3, Zif. 5; Art. 649, Abs. 1.

Die Haftungsverhältnisse für die Minimalliberierung sind analog dem, was wir über die 50prozentige Liberierung der Inhaberaktie ausführten (vgl. § 11, Zif. II).

Das Grundkapital kann bei Ausgabe von Namenaktien beliebig hoch festgesetzt werden. Nur der E. III verlangt, wie schon gesagt, für jede Aktiengesellschaft ein Grundkapital von mindestens 20'000 Fr.[49])

II. Die Umwandlung einer Inhaberaktie in eine Namenaktie.

Das ist ein selten vorkommender Fall. Voraussetzung ist wiederum, dass das Statut eine Umwandlung zulässt.[50]) Keine Schwierigkeit macht die Liberierung, da die Inhaberaktie ja mit 50 %, die Namenaktie nur mit 20 % liberiert sein muss.

Die Haftungsverhältnisse sind auch nur unter dem geltenden Recht fraglich, da die Inhaberaktie nach dem Entwurf voll einbezahlt sein muss. Der Zeichner der Inhaberaktie (oder an seiner Stelle ein späteres Mitglied) haftet für die Restliberierung der *Inhaber*aktie. Durch die Umwandlung wird aber die Inhaberaktie vernichtet, und an ihre Stelle tritt eine Namenaktie. Deren Eigentümer ist ins Aktienbuch einzutragen und er übernimmt die Verbindlichkeit nach den Grundsätzen der Liberierungshaftung für Namenaktien. Der Zeichner der Inhaberaktie wird frei. Für die Gesellschaft kann das insofern eine Verschlechterung sein, als unter Umständen an Stelle zweier Personen (Zeichner und Eigentümer der Aktie) nur noch eine (der Namenaktionär) haftet. Immerhin ist der Gesellschaft im ersten Falle auch nur der Zeichner oder der an seiner Stelle Haftende bekannt, während das jeweilige Mitglied ja meist unbekannt bleibt. Das Interesse der Aktiengesellschaft ist somit gewahrt, wenn die Zahlungsfähigkeit des neuen Aktionärs den Vergleich mit derjenigen des Zeichners der Inhaberaktie aushält. Bloss vermuten darf die Gesellschaft die Zahlungsfähigkeit des Namenaktionärs in diesem Falle nicht.

§ 13.

Die Gratisaktie.

Der Vollständigkeit halber sei hier nur das Wesentliche wiedergegeben. Für eingehendere Untersuchungen über die Gratisaktien, insbesondere für die Durchführung der Emission, verweisen wir auf Hans Büchler: «Die Erhöhung des Grundkapitals mit Ausgabe von Gratisaktien nach schweizerischem Recht» (Bern 1926).

---

[49]) Art. 620.

[50]) Es gilt analog das in § 11, Zif. IV, Gesagte.

Definition: Gratisaktien sind Aktien, die aus dem Reingewinn der Gesellschaft liberiert werden.

Daraus ergibt sich, dass die Ausgabe von Gratisaktien nur durch eine existente Aktiengesellschaft möglich ist, da ein Reingewinn vorerst erworben sein muss und nicht von Anfang an vorhanden sein kann.

Naturgemäss bedeutet jede Emission von Aktien eine Kapitalerhöhung. Es müssen somit alle jene Bedingungen erfüllt werden, die die Kapitalerhöhung verlangt. So müssen insbesondere auch die Gratisaktien gezeichnet werden. Die Zeichner haften für die Einbringung des Grundkapitals. Dies wirkt sich dann aus, wenn nachträglich herauskommt, dass die Gesellschaft gar keinen Reingewinn hatte, um die Aktien zu liberieren. Hier sowenig wie anderswo kann die Gesellschaft die Zeichner (oder Mitglieder) von der Einzahlung befreien. Die Haftung der Zeichner richtet sich nach der Art der ausgegebenen Gratisaktien.

Im folgenden noch zwei Fragen: Muss der zur Verfügung stehende Reingewinn zuerst an die Aktionäre ausgeschüttet werden? Wir haben früher schon gesehen, dass die Gesellschaft immer berechtigt ist, fällige Ansprüche des Aktionärs gegen die Gesellschaft mit eingeforderten Einzahlungen zu verrechnen. Das soll sie sogar im Interesse der Erhaltung des Grundkapitals tun. Die Ausschüttung ist demnach nicht nötig.

Man muss die Ausgabe von Gratisaktien nur nicht loslösen von dem, was sie ist, nämlich eine Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien. Dann lösen sich alle Fragen von selbst. Dies hat Büchler sehr schön gezeigt und neuerdings auch Wieland.[51])

Gehört die Gratisaktie dem Nutzniesser oder dem Eigentümer derjenigen Aktien, die zum Bezug der Gratisaktie berechtigen? Aus dem Gesagten ist die Antwort einfach zu entnehmen: Die Gratisaktie gehört zu Eigentum dem Zeichner.[52])

Selbstverständlich kann kein Aktionär zur Zeichnung von Gratisaktien gezwungen werden. Inwieweit er sich der Ausgabe von Gratisaktien widersetzen kann, siehe in Büchler, Seite 54 ff.[53])

---

[51]) Bd. II, S. 165.
[52]) Weiss, Bd. III 2, No. 6005.
[53]) Ferner B. G. E. 47 II, S. 335; Pr. X, S. 382; Weiss, Bd. III 2, No. 6008.

DRITTES KAPITEL.

Spezieller Teil: Die qualifizierte Liberierung.

§ 14.

Das Wesen der qualifizierten Liberierung.

I. Begriff.

A. Definition.

Unter qualifizierter Liberierung verstehen wir eine Aktienliberierung, die nicht in Geld, sondern in andern, durch das Statut bezeichneten Vermögenswerten geleistet wird.[1])

Daraus ergeben sich folgende Einzelheiten: Der Apportant (Sacheinleger) muss Aktien zeichnen, wie jeder andere Aktionär. Aus der Zeichnung ergeben sich für ihn keine besondern Einreden.[2]) Das ganze Grundkapital muss durch Unterschriften gedeckt sein.[3]) Die Statuten modifizieren aber die Art der Einlage. Da jeder Aktionär gehalten ist, die statutarische Einlage zu leisten, ergibt sich, dass der Apportant nur in der vom Statut vorgesehenen Weise richtig erfüllen kann. Er hat ein Recht darauf, seine Aktien in besonderer Weise liberieren zu dürfen und umgekehrt muss die Gesellschaft diese besondern Vermögenswerte mit befreiender Wirkung für den Aktionär annehmen.[4])

Aus dem Gesagten ergibt sich ferner, dass die Person des Apportanten zum vornherein individuell bestimmt sein muss. Weder das OR., noch der E. III schreibt zwar direkt vor, dass der Name des Sacheinlegers im Statut genannt sein soll. Dass dies aber der Fall sein muss, ergibt sich aus dem Wesen der Zeichnung. Im II. Kapitel haben wir gesehen, dass immer Barliberierung zu ver-

[1]) Vgl. Wieland, Bd. II, S. 63.
[2]) Wieland, Bd. II, S. 67.
[3]) OR. Art. 618; E. III Art. 633, Abs. 2, Zif. 1; 636, Abs. 2, Zif. 1, und 652, Abs. 1.
[4]) Vgl. auch E. III Art. 619, Abs. 2.

muten ist. Wenn das Statut eine Ausnahme macht, so muss es demzufolge auch sagen, *für wen* es sie macht. Dieses Erfordernis ist denn auch richtigerweise in den «Grundsätzen»[5]) (Zif. 1, Abs. 2) anerkannt. Die Bestimmung lautet: «In beiden Fällen[6]) ist *in den Statuten und in der Handelsregistereintragung* zu bezeichnen: Die Sache selbst, der Preis und bei den Apports noch insbesondere die Anzahl der an Zahlungsstatt gegebenen Aktien *und deren Träger.* Dies gilt nicht nur für Neugründungen, sondern auch für die Kapitalerhöhungen.»

Die besondere Liberierungsart muss im Statut vorgesehen sein. Ist dies nicht der Fall, so ist *jeder* Zeichner zur Barliberierung verpflichtet, von der er nicht entbunden werden kann.

B. Einlage und Uebernahme.

Die qualifizierte Liberierung ist Merkmal einer Art der qualifizierten Gründung (respektiv Kapitalerhöhung). Unter qualifizierter Gründung versteht man drei vom Gesetz vorgesehene Fälle.[7])

1. Die soeben besprochene qualifizierte Liberierung (Sacheinlage, Apport, Illation und dem entsprechend, Einlage-, Apport-, Illationsgründung und auch qualifizierte Gründung im engern Sinne genannt). Da, wie wir früher sagten, jede Einlage dem Grundkapital zuzuzählen ist, wird hier zur Besonderheit, dass das Grundkapital der Aktiengesellschaft nicht durch bares Geld aufgebracht wird.

2. Wenn eine zu errichtende Gesellschaft nicht in Geld bestehende Vermögenswerte übernehmen soll (Uebernahmegründung).

3. Wenn einzelnen Personen ein besonderer Vorteil gewährt werden soll (spekulative Gründung).

Der Aufgabe der vorliegenden Arbeit entsprechend, sind für uns nur die Fälle unter 1 und 2 von Interesse. Wie wir sahen, ist die qualifizierte Liberierung eine statutarisch besonders modifizierte (gesetzliche) Pflicht. Die Uebernahme hingegen gründet sich auf ein privates Rechtsgeschäft zwischen der Aktiengesellschaft und derjenigen Person, deren Sache übernommen werden soll (Kauf, Tausch, etc.).[8]) Der wirtschaftliche Erfolg ist aber in beiden Fällen genau derselbe. Es kommt auf das gleiche heraus, ob das Grund-

[5]) « Grundsätze, nach welchen das Eidgenössische Amt für das Handelsregister die Vorschrift von Art. VI, Zif. 7, des Bundesratsbeschlusses vom 8. Juli 1919 betreffend die Abänderung und Ergänzung des schweizerischen Obligationenrechts anwendet.»

[6]) Bei der Einlage- wie bei der Uebernahmegründung.

[7]) OR. Art. 619, Abs. 1; E. III Art. 626, Zif. 1.

[8]) Vgl. für die Unterscheidungsmerkmale Lehmann, Bd. I, S. 374 ff; Wieland, Bd. II, S. 64; Hoffmann, S. 30; Meyer, S. 7—14.

kapital zum vornherein nicht in Geld aufgebraucht wird, oder ob dies der Fall ist, aber mit dem Gelde hernach bestimmte Sachen gekauft werden. Dies hat denn auch den Gesetzgeber veranlasst, für alle Fälle der qualifizierten Gründung (auch der spekulativen) die gleichen gesetzlichen Vorschriften zu erlassen. Die drei Fälle werden immer zusammen erwähnt.[9]) Nur wo es sich um Normen handelt, die das Grundkapital als solches betreffen, wird die qualifizierte Liberierung ausgesondert.[10])

In der Erfassung schwieriger als die Sacheinlage, ist die Sachübernahme. Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement hat sie wie folgt definiert:[11]) «Eine Uebernahme von Sachen im Sinne von Art. 619 OR. liegt dann vor, wenn die Gründer der Aktiengesellschaft, vor deren Errichtung, für die zu gründende Gesellschaft einen Vertrag betreffend die Uebernahme von Vermögenswerten (Ueberlassungsvertrag) abgeschlossen haben, derart, dass die Gesellschaft mit diesen Vermögenswerten oder einem Anspruch auf Erlangung derselben ausgerüstet ins Leben tritt und folgerichtig das in den Statuten festgesetzte Grundkapital von Anfang an um den im Ueberlassungsvertrag vereinbarten Gegenwert der übernommenen Gegenstände verkürzt wird.»

Diese Definition ist meines Erachtens unvollständig. Es ist ganz gleichgültig, ob die Aktiengesellschaft mit den übernommenen Sachen oder einem Anspruch auf dieselben ins Leben tritt, oder ob sie diese kurz nach ihrer Gründung erst erwirbt. Die gesetzlichen Bestimmungen für die qualifizierte Gründung sind zum wirtschaftlichen Schutze erlassen worden. Sie sollen deshalb auch in diesem Sinne interpretiert werden. Es wird im allgemeinen nicht sehr schwer fallen, zu entscheiden, ob die Gründer eine Uebernahme planten oder nicht, und darauf kommt es eben an. Art. 619, Abs. 1, OR. lautet: «..., oder wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen...», so sind die Schutzvorschriften zu beachten. «Von der zu errichtenden Gesellschaft» ist doch nicht so zu verstehen, dass nur die Vorgesellschaft nicht ohne Beachtung von Art. 619 OR. diesbezüglich für die künftige Aktiengesellschaft handeln darf, während die einmal errichtete Gesellschaft völlig frei sein soll. In beiden Fällen werden Sachen von «der zu errichtenden

---

[9]) Vgl. OR. Art. 619, 621, Zif. 7, 671, Zif. 2; E. III Art. 626, Zif. 1, 628, 634, 637, 639, Zif. 6, 644, Abs. 3, 649, Abs. 2, 650, Zif. 8, 747, Zif. 1.

[10]) E. III Art. 633, Abs. 2, Zif. 3.

[11]) Rekursentscheid in Sachen Immobiliengesellschaft Cardinal A.-G. contra Eidg. Amt für das Handelsregister; Burckhardt, Bd. III, S. 1005, No. 1522, IV; Stampa, No. 117.

Gesellschaft» (im Sinne der künftigen Gesellschaft) übernommen und fallen somit unter die Bestimmung von Art. 619 OR.

Massgebend ist ein zum vornherein bestehender Wille der Gründer, eine gewisse Sache ins Eigentum der künftigen Gesellschaft zu bringen, gleichgültig ob sich dieser Wille vor der Entstehung der Gesellschaft oder nach ihr dokumentiert.

In dem genannten Entscheid (S. 110, F. N. 4) ist ferner ausgeführt, weil eine Einigung über den Preis, für den die Sache zu erwerben sei, nicht erzielt worden ist, so könne infolgedessen die vom Gesetz für die Sachübernahme verlangte Preisfestsetzung im Statut [12]) unmöglich angegeben werden. Damit ist der Weg vollends gezeigt, wie die gesetzlichen Schutzbestimmungen umgangen werden können, auch wenn der Wille zum Erwerb einer bestimmten Sache noch so deutlich in Erscheinung tritt. Man braucht nur zu sagen, eine Preiseinigung sei nicht erzielt worden, und deshalb könne keine statutarische Preisbestimmung aufgenommen werden. Die Fixierung eines Uebernahmepreises im Statut bindet die Gesellschaft nur intern. Sie darf für die Sache nicht mehr bezahlen, als das Statut vorsieht. Die Gesellschaft ist aber immer noch frei (externe Bindung vorbehalten), die Sache zu erwerben oder nicht, und die statutarische Preisbestimmung gibt insbesondere keinem Dritten ein Recht auf diese Summe. Die Gründer können im Prospekt etc. darauf aufmerksam machen, dass der statutarische Preis nur im Sinne eines Maximalpreises aufzufassen sei.[13])

Es ist absolut unverständlich, warum die Praxis die Rechtsumgehung durch die sogenannte Nachgründung schützt. Dadurch verliert der Art. 619 OR. seinen Hauptwert. Richtig ist der Standpunkt des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister,[14]) das die Veröffentlichung ablehnen wollte ohne die unzweideutige Erklärung seitens der Gründer, «dass weder auf das Grundkapital anzurechnende Einlagen gemacht worden seien, noch von der in Gründung begriffenen Gesellschaft Anlagen oder sonstige Vermögensstücke übernommen werden sollen (Art. 619 und 621, Zif. 7 OR.), denn erfahrungsgemäss würden Gesellschaften, wie die vorliegende, nicht gegründet, ohne dass bereits Liegenschaften bestimmt seien, welche von der Gesellschaft übernommen werden sollen und die sofort nach der Publikation der Eintragung auch im Grundbuch übertragen würden.»

---

[12]) OR. Art. 619, Abs. 1.

[13]) Das Eidg. Amt für das Handelsregister hat bereits schon Eintragungen bewilligt, in denen das Statut nur einen Maximalpreis angab.

[14]) Im zitierten Entscheid, S. 110, F. N. 4.

Wir zitieren ferner aus Brand-Meyer zum Gottesberge:[15]) «Wenn erkennbar eine Sachgründung vorliegt, nach Ueberzeugung des Registerrichters also bereits bestimmte, wenn auch nicht formgerechte Abmachungen getroffen sind über die Einbringung oder Uebernahme von Gegenständen, jedenfalls von solchen, welche die völlige oder teilweise Grundlage des Betriebes bilden sollen, und bei den Gründern die feste Absicht und auch auf Grund der bereits getroffenen Abmachungen mit den Verfügungsberechtigten die sichere Aussicht auf die Einbringung oder Uebernahme der Sachen besteht, so muss die Eintragung der nur äusserlich in der Form der Bargründung errichteten Aktiengesellschaft abgelehnt und dadurch die Befolgung der für die Sachgründung gegebenen Schutzvorschriften ... erzwungen werden» (es folgen Entscheidungen deutscher Gerichte). «Ist eine solche Gesellschaft, die wegen der schon im Gründungszustande feststehenden Sacheinlagen oder Sachübernahmen nicht hätte eingetragen werden dürfen, aber gleichwohl eingetragen, so kann die Löschung wegen Nichterfüllung der Gründungsvorschriften nicht erfolgen» (Entscheide).

Dem entgegen hat leider das Bundesgericht auch in einem neuen Entscheide[16]) die Rechtsumgehung des Art. 619 OR. durch die sogenannte Nachgründung geschützt. Im betreffenden Entscheide steht: «Es ist klar, dass die Verrechnung mit einer solchen Kaufpreisforderung im Ergebnis auf die *Umgehung* der Vorschriften des Art. 619 OR. über die qualifizierte Gründung hinausläuft. Allein da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, diese sogenannten Nachgründungen den Vorschriften über die Apportgründung zu unterwerfen, kann nicht der Richter dazu schreiten, und es würde diesem auch jeder Anhaltspunkt fehlen, zu entscheiden, von welchem Zeitpunkt an die Verrechnung mit der Liberierungspflicht zugelassen sein sollte. In der Literatur wird denn auch ausdrücklich bemerkt, dass sich beim Fehlen von Vorschriften über die Nachgründungen die Kautelen der meisten Gesetze neuern Datums für Sacheinlagen als ein Schlag ins Wasser erwiesen hätten (Wieland, Bd. II, S. 69, Note 15), womit auch angedeutet ist, dass es in erster Linie Sache des Gesetzgebers wäre, hier Vorsorge zu treffen, ähnlich wie es das deutsche Handelsgesetzbuch in § 207 und 208 getan hat und wie der Entwurf zur Revision des OR., Art. 637 (vgl. Botschaft, BBl 1928, I 229) für diesen Fall bei der Simultangründung zwei Sperrjahre vorsieht.» Dabei ist zu beachten, dass der Art. 637 des E. III die zwei Sperrjahre auch nur für die qualifizierte *Gründung* vorsieht und dem-

[15]) Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis, S. 221 (3. Aufl.).
[16]) Pr. XXI, S. 257.

nach, wenn man den Artikel in der herrschenden Interpretation anwendet, die Nachgründung auch nicht erfasst.

Anderseits sagt das Bundesgericht in einem jüngsten Entscheid[17]) (Beschwerdeentscheid gegen das Eidgenössische Amt für das Handelsregister, das die Löschung eines Eintrages veranlasste und die Veröffentlichung desselben ablehnte, weil die qualifizierte Gründung nicht aus den Statuten ersichtlich war): «*Diese Vorschrift* (Art. 619, Abs. 1 OR.) *verfolgt den Zweck, alle Vorgänge, die eine Schwächung des Grundkapitals in sich schliessen können, hervorzuheben* ... Zu Unrecht wenden die Beschwerdeführer ein, dass sämtliche Beteiligten diese Vereinbarungen gekannt und genehmigt haben. Darauf kommt es für die Beurteilung der Frage, ob diese Vorgänge in den Statuten hätten zum Ausdruck gebracht werden müssen, nicht an. Denn die Vorschrift des Art. 619, Abs. 1 OR. ist nicht nur im Interesse der ursprünglichen Aktionäre, sondern auch derjenigen, die ihr allenfalls später beitreten wollen, wie überhaupt jedermanns, der mit ihr in Verbindung treten will, aufgestellt worden (vgl. B. G. E. 21, S. 362). Unbehelflich ist auch der Hinweis der Beschwerdeführer darauf, dass der Erwerb eines Konzessionsvertrages als Zweck der Gesellschaft in § 3, lit. a der Statuten ausdrücklich angegeben worden sei. Das genügte nicht, nachdem diesbezüglich, wie sich aus den eigenen Ausführungen der Beschwerdeführer ergibt, zum mindesten hinsichtlich der an R. zu leistenden Uebernahmeentschädigung schon bei der Gründung feste Abmachungen bestanden.»

Objektiver Zweck des Art. 619, Abs. 1 ist demnach der *Schutz* Dritter. Er verbietet, dass ohne Beachtung seiner Schutzbestimmung diesbezügliche Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden dürfen. Das Bundesgericht entschied,[18]) «dass es einen Rechtsmissbrauch bedeute, wenn ein Vertrag oder ein Rechtsinstitut von seinem im Gesetz angegebenen *Zwecke abgelenkt* und zur Erreichung eines vom Gesetz verbotenen Zieles benutzt wird.»[19]) Die Nachgründung erfüllt genau diesen Tatbestand und es ist demnach nicht nur eine Rechtsumgehung, sondern ein Rechtsmissbrauch. (Im Grunde genommen ist jede Rechtsumgehung eben ein Rechtsmissbrauch.)

Daraus ergibt sich, dass jedermann, der ein Interesse hat, einen Beschluss eines Gesellschaftsorgans, der die Durchführung einer illegitimen Nachgründung plant, angefochten werden kann. Der Kläger handelt, wie bei der Verantwortlichkeitsklage, als Quasiorgan für die Gesellschaft. Ist die Nachgründung perfekt geworden,

[17]) Der I. Zivilabteilung vom 2. Mai 1933, E. 3.
[18]) Bd. 53 II, S. 98 f.
[19]) Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 45.

bevor eine Anfechtung erfolgte, dann muss man es aus Verkehrsrücksichten mit der Verantwortlichkeitsklage bei Schadenseintritt bewenden lassen.

Der einzig legitime Weg für die Nachgründung ist folgender: Die Statuten müssen in entsprechender Weise geändert werden. Für die Annahme der Aenderung gelten die Bestimmungen des Art. 619, Abs. 2 bis 6 OR. Da ferner alle die Vorgänge bei der qualifizierten Gründung und Nachgründung praesumtiv eine Schwächung des Grundkapitals in sich schliessen, so sind die Gläubiger der Gesellschaft vorerst in gleicher Weise sicher zu stellen, wie es bei jeder andern Schwächung des Grundkapitals (Herabsetzung, Rückzahlung) auch verlangt wird.

II. Das Objekt der Einlage.

Hier ist die Frage zu beantworten, was sich alles zur Einlage eignet. Darüber ist sehr viel geschrieben worden, ohne dass man über eine mehr oder weniger enge Umschreibung hinaus kam. Gewöhnlich wird als apportfähig bezeichnet, was in der Bilanz als Aktivum angeführt werden kann. Im übrigen verweisen wir auf die Untersuchungen, die Hoffmann[20]) machte und deren Ergebnis wir hier wiedergeben:

Illationsfähig ist, was

1. bewertbar,
2. im Rahmen des Geschäftszweckes ertragsfähig,
3. quoad dominium et sortem einbringbar ist.

Hier möchte ich nur noch Stellung nehmen zu der Frage der Einlagefähigkeit folgender Objekte:

A. Dienstleistungen.

Dass geleistete Dienste nicht einlagefähig sind, ist sofort einzusehen. Entweder kann man deren Früchte als solche einlegen oder, wenn sie keine ergaben, so ist auch keine Einlagemöglichkeit vorhanden. Ob nun zukünftige Dienstleistungen apportfähig sind, entscheidet die Frage, ob das Grundkapital am Anfang vorhanden sein muss, d. h., ob die Einlage mit der Entstehung der Aktiengesellschaft geleistet sein muss. Diese Frage ist, wie wir später sehen werden, zu bejahen. Auf Dienstleistungen kann man ferner nicht mehr als einen obligatorischen Anspruch haben. Bei Nichterfüllung träte an Stelle der liberierenden Dienstleistungen eine Schadenersatzobligation, deren Inhalt nach dem Masse des Ver-

[20]) S. 114—118; vgl. ferner Lehmann, Bd. I, S. 217; Wieland, Bd. II, S. 17 und 64.

schuldens zu beurteilen wäre. Dies widerspricht aber dem Grundsatz der Sicherstellung des Grundkapitals.

Aus diesen Gründen halte ich Dienstleistungen nicht für illationsfähig.[21])

B. Kundschaft.

Dass die Kundschaft (isoliert betrachtet) nicht als Einlage dienen kann, ergibt sich fast von selbst. Auf die «Kundschaft» hat niemand einen Rechtsanspruch. Ob die Kundschaft zusammen mit einem Geschäft einbringbar ist, kann meines Erachtens nicht allgemein beantwortet werden. Die Kundschaft ist nichts selbständiges, sondern immer die Folge einer Eigenschaft des Geschäftes. Diese Eigenschaft kann sein, die Art der Verkaufsprodukte (Markenartikel), die Organisation des Geschäftes, die gute Lage etc. Ob nun die Kundschaft mit dem Geschäft als Einlage bewertet werden darf, ist danach zu entscheiden, ob die Eigenschaft, die die Kundschaft nach sich zieht, auch auf die Aktiengesellschaft übergeht, und ob die Kundschaft nicht schon in ihrer Ursache bewertet wurde. Z. B.: Die Kundschaft beruht auf der Nachfrage nach einem patentierten Artikel, den das einzulegende Geschäft herstellt. Kann nun die Kundschaft und das Patent bewertet werden? Nein, denn der Wert des Patentes richtet sich ja gerade nach dem eingetretenen Erfolg, also nach der Kundschaft.

C. «Einlage» einer Gesellschaft.

Hier ist die Frage zu beantworten, ob eine Gesellschaft sich selbst einlegen kann? Wenn ja, so fallen Subjekt und Objekt der Einlage zusammen. Mit der Entstehung der Aktiengesellschaft verschwindet aber das Subjekt; dieses ist in der Aktiengesellschaft aufgegangen. Damit fehlte aber die Mitgliedschaft, und das für das Einlageobjekt haftende Subjekt. Aus diesem Grunde kann eine Gesellschaft sich selbst nicht einlegen. Es ist Sache des Illationsvertrages (§ 15), zu regeln, wieviel der einzelne Gesellschafter einbringen soll.[22])

III. Bewertung des Illationsobjektes und Zeit der Einlage.

A. Die Bewertung.

Diese muss nach wirtschaftlichen Grundsätzen erfolgen. Von besonderem Interesse ist hier nur noch ein Illationsobjekt, das seinen Wert beständig ändern kann, wie zum Beispiel ein Geschäft,

[21]) Vgl. dazu Hoffmann, S. 15, und dort zitierte Autoren für und wider die Zulässigkeit.

[22]) Vgl. auch die «Grundsätze» (S. 109, F. N. 1), Zif. 6.

das mit Aktiven und Passiven eingebracht werden soll. Der Uebernahmepreis des Einlageobjektes muss im Statutenentwurf festgesetzt sein.[23]) Das OR. schreibt nirgends direkt eine Inventaraufnahme als Grundlage der Bewertung vor. Dass diese aber notwendig ist, ergibt sich aus den allgemeinen kaufmännischen Grundsätzen, nach denen die Bewertung erfolgen soll. In den «Grundsätzen»[24]) wird denn auch die Aufstellung eines Inventars verlangt, wenn die Statuten nicht selbst eine Zusammenstellung enthalten. Die Bestimmung lautet: «In den Statuten und in der Eintragung braucht dann nur der Gesamtpreis der Vermögensstücke angegeben zu werden unter Hinweis auf die dem Gründungsakt beigefügte Zusammenstellung (Inventar) und ihr Datum.» Das Inventar bildet demnach die Grundlage für die ziffernmässige Anrechnung an das Grundkapital der künftigen Aktiengesellschaft. Allein, Inventarisierung und Einlage können naturgemäss nicht zusammenfallen und es entsteht die Frage: Was geschieht, wenn sich der innere Wert des Objektes in dieser Zeit ändert?

Allgemein ist zu sagen, dass der Apportant nach Treu und Glauben verpflichtet ist, den Wert des Einlageobjektes zu erhalten.

Mindert sich sein Wert, so wird das Grundkapital der Gesellschaft durch die Einlage effektiv nicht aufgebracht, die Aktien werden tatsächlich nicht im verlangten Masse liberiert. Auf die Einbringung des Grundkapitals kann und darf die Gesellschaft aber nicht verzichten. In der Literatur[25]) wird allgemein angenommen, dass die kaufrechtlichen Grundsätze für die Bewertung des Einlageobjektes anwendbar sind. Praktische Bedeutung hat aber nur der Ersatz der Wertdifferenz zwischen Inventarwert und effektivem Einlagewert, weil die Preisminderung eine Statutenänderung notwendig machen würde, was zu kompliziert und schwerfällig wäre.[26])

Anders, wenn eine Werterhöhung eintritt. Einerseits ist der Apportant zu keiner grösseren Einlage verpflichtet, als das Statut (Inventar) vorsieht. Anderseits darf die Aktiengesellschaft keine Sachen übernehmen, die nicht durch das Statut bezeichnet sind.

---

[23]) OR. Art. 619, Abs. 1; E. III Art. 626, Zif. 1.

[24]) S. 109, F. N. 1; vgl. Zif. 3.

[25]) So Lehmann, Bd. II, S. 377, und neuerdings Wieland, Bd. II, S. 67.

[26]) Werden Inhaberaktien ausgegeben, so müssen diese nach Art. 638, Abs. 1, des E. III voll liberiert werden. Erkennt die A.-G. später, dass das Einlageobjekt dem angenommenen Werte nicht entspricht, so werden die Aktien nach Abs. 2 des Art. 683 nichtig. Die Veräusserungsgeschäfte solcher «Aktien» haben somit keine aktienrechtliche Wirkung. Das ist ein neuer Beweis dafür, welche Rechtsunsicherheit diese Nichtigkeit zur Folge hat. Leistet der Einleger nachträglich den Ersatz, so ist die Nichtigkeit geheilt. Was will man also damit?

Somit hat der Einleger Anspruch auf die Rückgabe der Sache selbst aus ungerechtfertigter Bereicherung sine causa.

B. Die Zeit der Einlage.

Fraglich ist, ob die Einlage mit der Entstehung der Aktiengesellschaft geleistet sein muss oder erst später eingebracht werden darf. Die Ansichten darüber sind zusammengestellt in Hoffmann, S. 20 ff.

Der Art. 618 (insbesondere Abs. 1) ist von der Praxis als nur für die Barliberierung massgebend betrachtet worden. Meines Erachtens gilt er aber für *alle* Aktien insofern, als *jede* Aktie zu einem Teil liberiert sein muss, also auch die Apportaktien. Da aber die Sacheinlage eine Einheit bildet, muss meines Erachtens diese mit der Konstatierung des Grundkapitals zur Verfügung der Gesellschaft stehen und mit dem Eintrag ins Eigentum der Aktiengesellschaft übergehen. Die Uebertragungsform richtet sich nach allgemeinem Recht.

Der E. III verlangt in Art. 638, Abs. 3, Zif. 5 denn auch für den Eintrag die Bescheinigung, «dass mindestens zwanzig vom Hundert, oder ein höherer statutarisch festgesetzter Betrag, auf jede Aktie einbezahlt *oder* durch Sacheinlagen gedeckt ist.» Entweder also eine teilweise Barliberierung oder Deckung durch Sacheinlagen. Eine blosse Obligation, ohne Realerfüllung, ist für die Bar- und die Sachliberierung ausgeschlossen.[27])

§ 15.

Der Illationsvertrag.

Unter Illationsvertrag bezeichnet die Literatur meist diejenigen statutarischen Bestimmungen, die die Illation regeln. Allein, alle die von uns zitierten Autoren, soweit sie sich zur germanistischen Theorie bekennen, wonach das Statut kein Vertrag ist, sagen auch, dass der Illationsvertrag Bestandteil der Statuten sei.[28]) Damit ist auch zugegeben, dass der Illations«vertrag» in diesem Sinne kein Vertrag ist. Die in § 2 festgesetzte juristische Natur der Liberierung als gesetzliche Pflicht, deren Inhalt durch das Statut bestimmt wird, erfährt für die qualifizierte Liberierung keine Ausnahme. Der Inhalt der Liberierung ist nur durch das Statut besonders modifiziert. Während allgemein (für die Barliberierung) nur die Höhe

[27]) Vgl. auch Lehmann, Bd. II, S. 375, und Bd. I, S. 135 und 360.

[28]) Siehe die Zusammenstellung in Hoffmann, S. 9 ff; neuerdings auch Wieland, Bd. II, S. 67 ff.

der zu leistenden Einlage im Statut festgesetzt ist, und die Art der Liberierung als praesumtio juris et de jure immer in Geld anzunehmen ist, regelt das Statut für die qualifizierte Liberierung nicht nur die Höhe, sondern auch die besondere Art der Liberierung.

Ist dies einmal erkannt, so ist ohne weiteres ersichtlich, dass auch die diesbezüglichen Bestimmungen des Statutes keine Vertragsnatur haben. Richtigerweise darf man sie somit nicht Illationsvertrag nennen, sondern Illationsbestimmungen.

Wenn wir gesehen haben, dass die Illationsbestimmungen keinen Vertrag darstellen, so sind sie doch aus einem Vertrag, dem Illationsvertrag, entstanden. Der Illationsvertrag bildet einen Bestandteil des Gründervertrages. *Er ist die vertragliche Abmachung zwischen den Gründern und dem Apportanten über die diesbezügliche Gestaltung der Statuten.*[29]) Dieser Vertrag ist formlos. Sein wesentlicher Inhalt sind alle jene Punkte, die das Statut enthalten muss. Der Illationsvertrag begründet nicht die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten, sondern das Statut. (Grundsätzlich ist es bei der Uebernahme umgekehrt.) Er gestaltet nur die rechtsbegründende Satzung. Dies zeigt sich dann, wenn das Statut Abweichungen vom Illationsvertrag enthält. In diesem Falle ist das Statut nicht vertragsgemäss gestaltet worden und es treten eventuell die Folgen für nicht richtige Vertragserfüllung ein. Aktienrechtlich ist aber nur das Statut massgebend, denn nur es begründet die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten.

§ 16.

Die Kompensation der Liberierung.

I. Allgemeines.

Wir haben in § 6, Zif. III die allgemeinen Grundsätze, die für die Kompensation der Liberierung massgebend sind, genannt. Dabei sagten wir im Anschluss an Lehmann und Wieland, dass die Verrechnung der Liberierung mit Forderungen des Aktionärs nur statthaft sei, wenn ein unnötiges Hin und Her, ein Geben und Zurückgeben, vermieden werden kann. Diese ist eine Konzession an den Zahlungsverkehr. Immer ist aber die Integrität des Grundkapitals zu wahren, und unter diesem Gesichtswinkel ist die Zulässigkeit in jedem einzelnen Fall zu beurteilen. Während wir in § 6 die Kompensation allgemein betrachteten, stellen wir hier die Frage, ob sie zum vornherein, d. h. bei der Gründung oder Kapital-

[29]) Das gleiche gilt immer analog für die Kapitalerhöhung: An Stelle der Gründer tritt die A.-G.

erhöhung möglich ist. Wirtschaftlich stellt nämlich die Kompensation nichts anderes als eine Sacheinlage dar. Der Aktionär liberiert seine Aktien (wirtschaftlich gedacht) nicht in barem Geld, sondern durch eine andere Leistung, deren Wert mit der verlangten Einzahlung verrechnet wird. Daraus ergibt sich, dass eine Kompensation weder bei der Gründung bzw. Kapitalerhöhung, noch bei der sogenannten Nachgründung möglich ist, ohne Beachtung der gesetzlichen Vorschriften für die qualifizierte Gründung.

Aber auch wenn diese Vorschriften beachtet werden, ist die Frage nicht gelöst, ob die erste Einzahlung schon kompensiert werden darf. Wir haben folgendes zu beachten: Zur Verrechnung gelangen können zwei Forderungen, die zwei bestimmte Personen gegeneinander haben. Nun ist eine Forderung des Zeichners gegen die Gesellschaft erst entstanden, wenn die Aktiengesellschaft selbst entstanden ist. Anderseits ist die erste Einzahlung nötig vor der Entstehung der Gesellschaft, denn sie ist, wie wir sahen, Voraussetzung des Eintrages.

Aus diesem Grunde gelangen wir zum Schluss, dass eine Kompensation für die erste Einlage, gleichgültig ob diese in bar oder andern Vermögenswerten zu leisten ist, nicht zulässig ist. Eine solche Kompensation widerspräche zudem Art. 622, Zif. 2, OR., der eine wirkliche Einzahlung oder aber (wie früher gesagt) Deckung durch Sacheinlagen verlangt.

II. Praktische Beispiele.

Wir wollen nachstehend zwei Veröffentlichungen aus dem «Schweiz. Handelsamtsblatt» wiedergeben, um zu sehen, wie die Praxis verfährt.

Eintrag in No. 257 vom 2. November 1929, S. 2184: «Unter der Firma S. E. A.-G. hat sich mit Sitz in Zürich und auf unbestimmte Dauer am 19. Oktober 1929 eine Aktiengesellschaft gebildet zum Zwecke der Uebernahme und Weiterführung des Geschäftes der Firma K. G. & Cie. in Zürich etc. Die S. E. A.-G. übernimmt gemäss Vertrag vom 19. Oktober 1929 ohne Entgelt Aktiven und Passiven der Firma K. G. & Cie. auf Grund der Bilanz vom 30. September 1929, welche Aktiven im Betrage von Fr. 2'008'120.59 und Passiven im gleichen Betrage aufweist. Das Aktienkapital beträgt Fr. 535'000.—, eingeteilt in 1070 auf den Inhaber lautende Aktien zu Fr. 500.—, welche gemäss Beschluss der konstituierenden Generalversammlung durch Guthaben der Aktionäre im gleichen Betrage gegenüber der Firma K. G. & Cie. liberiert worden sind.»

Wir haben eine Uebernahmegründung vor uns. Das ganze Grundkapital von Fr. 535'000.— musste gezeichnet werden (OR.

Art. 618, Abs. 1). Die Gläubiger der Firma K. G. & Cie. mussten somit, wenn der wirtschaftliche Erfolg obigem entsprechen will, im Betrage ihrer Guthaben Aktien der zu gründenden Gesellschaft zeichnen. Sie hätten nun, da die Aktien voll zu liberieren sind, das ganze Grundkapital einzahlen müssen. Die eingetragene Gesellschaft hätte dann die einbezahlten Beträge wieder zurückgeben sollen, da sie Aktiven *und Passiven* übernommen hat. Statt dessen hat die Generalversammlung die Einzahlungen zum vornherein verrechnen lassen. Dieses Verfahren ist somit, nach dem unter Zif. I Gesagten, nicht streng gesetzmässig. Da der wirtschaftliche Erfolg aber gleich ist, kann nicht viel dagegen eingewendet werden. Würde der Registerführer auf der formalen Einzahlung beharren, so würde er gerade auf den Weg der illegitimen Nachgründung verweisen. Die Gründer würden sich unter Umständen sagen: Wenn wir schon zahlen müssen, so verschweigen wir die Uebernahme. Die Hauptsache ist, dass die Schwächung des Grundkapitals, die in der Uebernahme liegt, hervorgehoben ist.

Eintrag in No. 227 vom 27. September 1928, S. 1859: «Unter der Firma A. F. A.-G.... hat sich eine Aktiengesellschaft gebildet. Zweck derselben ist die Uebernahme von Aktiven der bisherigen Firma H. O. & Co...., gemäss... gerichtlich bestätigtem Nachlassvertrag dieser Firma und gemäss den Statuten der Gesellschaft,... Das Aktienkapital der Gesellschaft beträgt Fr. 155'000; es zerfällt in 50 Stück Prioritätsaktien zu Fr. 100.—, 32 Stück Stammaktien zu Fr. 500, 114 Stück Stammaktien zu Fr. 100.— und 32 Stammaktien zu Fr. 50.—. Sämtliche Aktien lauten auf den Namen und sind voll liberiert. Die Gesellschaft übernimmt auf Grund des vorerwähnten,... Nachlassvertrages, die an die Gläubiger abgetretenen Aktiven jener Kommanditgesellschaft im Schatzungswerte von Fr. 290'000.— sowie die auf der Liegenschaft lastenden Hypotheken von Fr. 160'000.—. Der Uebernahmepreis von Fr. 130'000.— wird im Sinne des Nachlassvertrages beglichen durch Verrechnung mit den auf 50 % reduzierten Guthaben von ursprünglich Fr. 260'000.— der Gläubiger der Firma H. O. & Co....»

Zusammengefasst ergibt sich folgender Tatbestand: Die Firma H. O. & Co. tritt ihren Gläubigern im Nachlassverfahren das Vermögen, d. h. die Aktivmasse ab. Diese Vermögenskomplexe sollen zur Befriedigung ihrer Guthaben (durch Nachlass um 50 % reduziert) dienen. Anstatt sie zu versilbern, wollen die Gläubiger die Vermögensstücke in eine zu gründende Aktiengesellschaft einbringen. Rechtlich übernimmt die Aktiengesellschaft nicht etwa das Geschäft der Firma H. O. & Co., sondern Vermögensstücke der Aktienzeichner, welche sie für ihre Guthaben erhielten. Da die

Aktien voll liberiert sind, muss das ganze Grundkapital zum vornherein aufgebracht sein, sei es in bar, sei es durch Sachen. Offenbar wurden aber nur die 50 Stück Prioritätsaktien zu Fr. 500.— = Fr. 25'000.— wirklich einbezahlt, während der Rest des Grundkapitals von Fr. 130'000.— durch die Vermögensstücke gedeckt war. In diesem Falle liegt eine Einlagegründung vor. Nach den «Grundsätzen» hätten die Namen der Einleger eingetragen und veröffentlicht werden sollen. Einleger (oder Einbringer) war aber nicht die Firma H. O. & Co., sondern deren Gläubiger.

Man sieht, dass die Veröffentlichung kein genaues Bild der Gründungsart gibt. Wenn die Veröffentlichung sagt, dass die Gesellschaft die Aktiven der Firma H. O. & Co. übernimmt, anstatt dieselben der Gläubiger dieser Firma, so ist dies aber nur von Vorteil. Dem Dritten ist die Firma H. O. & Co. bekannt (und ihr Vermögen), und nicht deren Gläubiger.

Die Anwendung von Art. 619, Abs. 1, OR. muss seinem Zwecke nach in wirtschaftlichem Sinne erfolgen und nicht nach streng juristischen Kautelen. Das ist in beiden Veröffentlichungen der Fall, wenn auch zu wünschen wäre, dass die Gründungsart und die Einzahlungs- und Verrechnungsverhältnisse deutlicher hervortreten würden.

§ 17.

Die gesetzlichen Bestimmungen für die qualifizierte Gründung (resp. Kapitalerhöhung).

Geboren sind sie alle aus Misstrauen, und dieses entsteht eben durch Erfahrung. Die gesetzlichen Bestimmungen für die qualifizierte Gründung (oder Kapitalerhöhung) haben denn auch ausschliesslich einen Schutzzweck. Zu schützen sind drei Interessenkreise: Die Gesellschaft selbst, die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger.

Die Schutzbestimmungen lassen sich in subjektive und objektive Garantien einteilen. Wir verweisen dafür auf die Ausführungen in Wieland, Bd. II, S. 64—67.

In diesem Paragraph behandeln wir zur Hauptsache nur die subjektiven Garantien, um in § 18 dann die zivile Haftbarkeit zu behandeln, die, wie wir sehen werden, der E. III verschärft hat. Wir teilen so ein, dass wir zunächst die gesetzlichen Erfordernisse im Gründungsstadium der Gesellschaft betrachten, dann den internen Gründungsakt und endlich die formale Entstehung der Aktiengesellschaft durch Eintrag und Veröffentlichung.

I. Im Gründungsstadium.

A. Für die Sukzessivgründung.

1. **Der Statutenentwurf.** Art. 619, Abs. 1 OR. (E. III, Art. 626, Zif. 1) bestimmt, dass die Bewertung des Einlage- oder Uebernahmeobjektes im Statut festgesetzt sein muss. Das Statut muss ferner Auskunft geben, wieviele Aktien für die Einlage gegeben werden sollen. Das OR. sagt: «Wenn Aktien an Zahlungsstatt» gegeben werden, woraus zu schliessen wäre, dass die Einlage die dafür gegebenen Aktien (Apportaktien) voll liberieren soll. Das Gesetz hat ein kauf- oder tauschähnliches Verhältnis im Auge, in dem die Einlage durch die Aktien gezahlt oder gegen Aktien eingetauscht wird. Das ist nun nicht der Fall. Wie wir sahen, muss der Apportant einen Teil des Grundkapitals zeichnen, wie jeder andere Aktionär. Damit haftet er auch für die Einbringung der übernommenen Kapitalsumme. Die Besonderheit ruht einzig darin, dass der Apportant diese Summe oder einen Teil derselben nicht in barem Geld, sondern in einem, durch das Statut bezeichneten andern aequivalenten Wert einbringt. Das Gesetz verlangt nirgends, dass Apportaktien voll zu liberieren seien, und in praxi wäre dies auch kaum möglich.[30]) Es wäre auch nicht einzusehen, warum der Apportant für die Restliberierung nicht ebensogut wie jeder andere Zeichner die Barhaftung für die Restliberierung übernehmen könnte. Liberiert die Einlage die gezeichneten Aktien nicht voll, so haftet der Zeichner für die Restliberierung in bar. Wir haben schon gesagt, dass die Einlage als Ganzes eingebracht werden muss. Die Restliberierung kann nicht wiederum in einer Sache bestehen. Ferner ist zu beachten, dass jede Aktie zu einem Teil liberiert sein muss. Die Höhe der Liberierung richtet sich nach Gesetz oder Statut, je nach der Art der Aktie. Es ist nun wiederum Sache des Statutes, die Liberierungsverhältnisse zu regeln. Auf jedem Aktientitel muss angegeben sein, zu wieviel er liberiert ist. Nach den «Grundsätzen» (Zif. 6) muss das Statut auch den Namen des Apportanten nennen (vgl. § 14).

Für die allgemeine Bedeutung von Abs. 1 des Art. 619 OR. verweisen wir auf die Ausführungen des Bundesgerichtes, die wir auf S. 96 ff. wiedergaben.

2. **Der Prospekt.** Art. 617, Abs. 3, Ziff. 1 OR. (E. III, Art. 629, Abs. 2, Zif. 1) bestimmt, dass der Prospekt Aufschluss geben soll über den gesetzlich notwendigen Statuteninhalt, also über alle jene Dinge, die Art. 616 OR. (E. III Art. 625) aufzählt. Art. 616 OR.

[30]) Der Wert des Illationsobjektes beträgt kaum je eine Summe, die durch den Nominalbetrag der Aktien ohne Rest teilbar ist.

bestimmt aber nur den allgemeinen Statuteninhalt, das, was in *jedem* Statut notwendigerweise geregelt sein muss. Dazu gehören naturgemäss nicht die Bestimmungen über die qualifizierte Gründung. Wir haben aber gesehen, dass eine qualifizierte Gründung nur möglich ist, wenn das Statut diese vorsieht. Daraus ergibt sich, dass bei der qualifizierten Gründung die diesbezüglichen Bestimmungen ebenso gesetzlich notwendiger Statuteninhalt sind wie die Punkte, die Art. 616 OR. aufzählt. Deshalb muss der Prospekt auch den statutarischen Inhalt über die Sacheinlage (Uebernahme) wiedergeben. Der E. III verlangt dies direkt in Art. 629, Abs. 2, Zif. 1 (in Verbindung mit Art. 626, Zif. 1).

Eine reine Rekapitulation der Statuten (und mehr wird nicht verlangt) nützt nicht viel. Allerdings verlangt das geltende Recht, dass der Prospekt auch die Grundlagen angibt, «nach denen der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens beurteilt wird». Die Gründer werden sich dabei zu der geplanten Sacheinlage (oder Uebernahme) äussern müssen. Ueber den negativen Wert dieser Bestimmung haben wir andernorts gesprochen. Der Entwurf hat sie nicht mehr aufgenommen. Er verlangt dafür einen

3. **Gründerbericht.** Ein solcher wird verlangt in allen Fällen der qualifizierten Gründung (Art. 628). Sein Inhalt soll ausführlich Auskunft geben «über Umfang und Zustand der eingebrachten oder übernommenen Vermögenswerte und die Angemessenheit der dafür berechneten Wertansätze» (Zif. 1 des Art. 628) und «über die Anzahl der an Zahlungsstatt überlassenen Aktien oder anderer von der Gesellschaft übernommenen Leistungen» (Zif. 2). Im Gegensatz zum Prospekt handelt es sich hier nicht um eine Wiederholung der Statuten und um eine wirtschaftliche Prognose. Vielmehr soll der Gründerbericht auf Tatsächliches abstellen. Er soll den wirtschaftlichen Zustand des Einlageobjektes darstellen und das Interesse der künftigen Aktiengesellschaft an der Einlage begründen.

Die Gründer haben den Bericht schriftlich abzufassen (Abs. 1) und er «muss vom Beginn der Zeichnungsfrist an im Original oder beglaubigter Abschrift bei jeder Zeichnungsstelle zur Einsicht aufgelegt werden» (Abs. 1 und 3 des Art. 628).

Der Entwurf verlangt nicht, dass die Zeichnung auf den Gründerbericht Bezug nehme. Das Fehlen eines Gründerberichtes beeinflusst deshalb die Gültigkeit der Zeichnung nicht unbedingt. Wir haben gesehen, dass sich der Zeichner nur auf Formmängel in der Zeichnung berufen kann, nicht aber auf Willensmängel, weil, wie das Bundesgericht mit Recht ausführte, die Zeichnung

auch eine an die Oeffentlichkeit abgegebene Erklärung darstellt.[31]) Anderseits ist der Gründerbericht zum Schutze des Zeichners vorgeschrieben. Auf dessen formales Vorhandensein kann der Zeichner nicht verzichten, da die Gründer unbedingt zur Ausgabe eines Berichtes verpflichtet sind. Der Zeichner kann somit von den Gründern jederzeit einen Bericht verlangen, mit der Androhung des Widerrufes seiner Zeichnung für den Fall, dass seine Aufforderung fruchtlos bleibt. Das gleiche gilt beim Verlangen um Ergänzung eines unvollständigen Berichtes, der nicht in der verlangten eingehenden Ausführlichkeit (im Sinne des Art. 628) abgefasst ist. Dies ist aber nur *vor* der Errichtung der Gesellschaft möglich, da nur im Gründungsstadium das öffentliche Verkehrsinteresse wegfällt. Abzustellen ist dabei meines Erachtens auf die Zeit der innern Errichtung der Gesellschaft, nicht auf diejenige des Eintrages.

Verlangt der Zeichner keinen Gründerbericht, so kann er vor der internen Errichtung der Gesellschaft die Zeichnung widerrufen, wenn der Statutenentwurf (und der Prospekt) eine Sache als Einlage bezeichnen, unter der man normalerweise eine Sache anderer Art oder andern Umfanges[32]) versteht, als die zur Einlage bestimmten, und anzunehmen ist, dass ein den Erfordernissen des Art. 628 entsprechender Gründerbericht die nötige Aufklärung hätte bringen müssen.

Es ist dies demnach eine Ausnahme zu der allgemeinen Regel, dass ein Willensmangel des Zeichners der Zeichnung nicht schadet. Da aber das Fehlen eines Gründerberichtes keinen Formmangel erzeugt, muss die Widerrufmöglichkeit in der genannten Einschränkung als korrelativ betrachtet werden. Es wäre auch zu weitgehend, wenn man den Zeichner im erwähnten Falle unbedingt zur Mitgliedschaft zwingen wollte, wenn er ein fraudulöses Verhalten der Gründer noch rechtzeitig entdeckt.

Der Gründerbericht muss der Anmeldung zum Eintrag der Gesellschaft ins Handelsregister beigefügt sein.[33]) Fehlt er oder wird etwas beigefügt, das diesen Namen nicht verdient, soll der Eintrag verweigert werden. Eine materielle Prüfungspflicht hat aber der Registerführer nicht.

B. Die Simultangründung.

Das Hauptgewicht ruht hier auf der Unterzeichnung des Statutes durch sämtliche Gründer (OR. Art. 618, Abs. 1). Das Statut

[31]) Vgl. § 5, Zif. III.

[32]) Z. B. auch unter Berücksichtigung des Uebernahmepreises.

[33]) Art. 638, Abs. 3, Zif. 3.

muss diejenigen Erfordernisse anerkennen, die bei der Sukzessivgründung der konstituierenden Generalversammlung vorbehalten sind. Wir verweisen auf Zif. II.

Ebenso tritt nach Art. 636, Abs. 3 des Entwurfes die in öffentlicher Urkunde abgegebene Gründungserklärung an Stelle der konstituierenden Generalversammlung. Die Urkunde muss bestätigen, dass die geforderten Einzahlungen auf jede Aktie geleistet wurden *oder* durch Sacheinlagen gedeckt sind.

Eine Neuerung bringt der E. III in Art. 637 durch die Aktiensperre im Falle der vorausgegangenen qualifizierten Simultangründung. Es wird der Gesellschaft verboten, Aktientitel innert zwei Jahren seit der Eintragung ins Handelsregister auszugeben (Abs. 1). Der Abs. 2 des Art. 637 bestimmt: «Veräusserungen solcher Aktien vor Ablauf dieser Frist sind nichtig.» Die Aktien einer solchen Gesellschaft sind damit in jedem Falle gesetzlich vinkuliert. Da die Veräusserungsgeschäfte nichtig sind, bleibt der Gründer ohne Ausnahme während zwei Jahren Mitglied der Gesellschaft mit allen Rechten und Pflichten. Was der Abs. 3 dieses Artikels noch besagen will, ist mir nicht klar. Fraglich ist nur, ob die Nichtigkeit nicht zu weitgehend ist, insbesondere, ob man mit ihren strengen Konsequenzen noch durchkommt, wenn tatsächlich längst ein allgemeiner «Mitgliedschaftswechsel» stattfand. Die Aktien als solche sind nicht nichtig, sonst müsste der Abs. 2 lauten: «Vor Ablauf dieser Frist *ausgegebene* Aktien sind nichtig.» Der Entwurf bestimmt aber nur, dass *Veräusserungen* der Aktien nichtig sein sollen, dass, wenn trotz des Ausgabeverbotes durch den Abs. 1 den Mitgliedern Aktientitel ausgehändigt wurden, sie diese nicht rechtswirksam veräussern können. Für diese Annahme spricht auch das Marginale «Aktiensperre».[34]) Die Praxis wird sicher gezwungen sein, trotz des Wortlautes des Abs. 2 eine Heilung des Veräusserungsgeschäftes durch den Ablauf der Sperrfrist anzunehmen.[35])

C. Bei der Kapitalerhöhung.

Wir haben zu unterscheiden, ob es sich um eine sukzessive Kapitalerhöhung oder um eine öffentliche Zeichnungsauflage der übernommenen Aktien durch die Uebernehmer einerseits, oder um eine reine Simultanerhöhung anderseits handelt. Je nachdem kommen die für die Gründung aufgestellten Vorschriften analog

---

[34]) Vgl. auch die Botschaft des Bundesrates zum E. III, S. 25.

[35]) Zur Kritik der Schutzvorschriften vgl. A. Wieland, Die Apportgründung der A.-G., in Z. S. R., N. F. XLII, S. 51a ff.

zur Anwendung (OR. Art. 626, Abs. 1, 4 und 5; E. III Art. 649, Abs. 2, und Art. 650).

Werden die übernommenen Aktien durch die Uebernehmer zur Zeichnung aufgelegt, so bedeutet diese Zeichnung keinen Statusakt, sondern ist regelrechte Vertragsofferte. Uebernehmer und Zeichner stehen hier vollständig unter Vertragsrecht.

II. Für die interne Errichtung der Gesellschaft.

Sed. mat. sind die Abs. 2—6 des Art. 619 OR. (E. III Art. 633, Abs. 2, Zif. 3, und Abs. 4).

Vorauszuschicken ist noch, dass eine wesentliche Aenderung der Statuten nur mit Zustimmung aller an der Generalversammlung vertretenen Aktionäre erfolgen darf. Zu den wesentlichen Statutenbestimmungen gehören auch diejenigen über die Sacheinlage, Uebernahme etc. In praxi ist deshalb eine Aenderung kaum zu erreichen. Dafür bedürfen diese Bestimmungen einer besondern Annahme durch die Generalversammlung, die nun zu behandeln ist.

A. Annahme der betreffenden Statutenbestimmungen.

Nötig ist eine Annahme durch die Mehrheit der anwesenden Aktionäre. Dabei hat jeder Aktionär nur *eine* Stimme (OR. Art. 619, Abs. 2 und 3). Das Prinzip der Stimmkraft nach der Kapitalbeteiligung wird hier zu Gunsten des Kopf- (Viril-, Personal-) Stimmrechtes durchbrochen. Die annehmende Mehrheit muss weiter mindestens einen Viertel *aller* Aktienzeichner, also nicht nur der Anwesenden oder Vertretenen, und ihre Kapitalbeteiligung mindestens einen Viertel des Grundkapitals ausmachen. Der Sacheinleger hat dabei keine Stimme (Abs. 4 des Art. 619).

Die Praxis hat sich aber dahin entwickelt, dass der Sacheinleger nur für seine eigene Einlage kein Stimmrecht hat, wohl aber für die Einlage anderer stimmen kann, auch wenn die Einlageobjekte aller Sacheinleger innerlich zusammengehören. Die Abstimmung wird in diesem Falle zur Komödie. Dadurch ist es möglich geworden, was offenbar Art. 619 verhindern wollte, dass das ganze Grundkapital durch Sacheinlagen aufgebracht wird.

Zusammengefasst ist die statutarische Bestimmung über die Sacheinlage (oder Uebernahme) dann angenommen, wenn

1. die Zahl der annehmenden Aktionäre grösser ist als die der ablehnenden;
2. die Zahl der Annehmenden nicht kleiner ist als ein Viertel aller Aktienzeichner (mit Einschluss der Sacheinleger), und

3. die Annehmenden nicht weniger als ein Viertel des ganzen Grundkapitals gezeichnet haben.

Der E. III hat die Annahme der Statutenbestimmungen über die Einlage etc. anders geordnet. Sie gelten nach Art. 634, Abs. 1, als angenommen, wenn

1. drei Viertel aller an der Generalversammlung vertretenen Stimmen annehmen; es gilt nicht mehr das Kopfstimmrecht, sondern das Aktienstimmrecht (Art. 692, Abs. 1 u. 2, und Art. 701); der Sacheinleger hat dabei keine Stimme (Art. 693, Abs. 3, in Verbindung mit Art. 632, Abs. 2);
2. die Annehmenden mindestens zwei Drittel *sämtlicher* (nicht nur der vertretenen) Aktienstimmen ausmachen.

Ueber den Beschluss muss von einer persönlich anwesenden Urkundsperson eine öffentliche Urkunde errichtet werden (OR. Art. 619, Abs. 5 und 6; E. III Art. 635, Abs. 1 und 2).

B. Konstatierung des Grundkapitals.

Art. 618, Abs. 1, OR. schreibt vor, dass die Generalversammlung durch Beschluss [36]) festzustellen habe, «dass das Grundkapital vollständig gezeichnet und dass mindestens 20 % auf jede Aktie einbezahlt sind». Fraglich ist nun, ob für die gemischten Aktien neben der Sacheinlage auch noch eine Mindesteinzahlung in bar notwendig ist? Dies ist jedoch nicht nötig, insofern die Sache die minimale Liberierung je nach der Aktienart bewirkt. Die Apportaktien werden bei der Berechnung des Grundkapitals nicht mitgezählt.[37]) Immerhin ist anzunehmen, was der E. III in Art. 633 (Abs. 2, Zif. 2 und 3) ausdrücklich verlangt, dass die Generalversammlung sich überzeugen soll, dass das *ganze* Grundkapital wirklich aufgebracht ist, soweit es nicht durch Verpflichtungen zur Restliberierung in bar gedeckt ist. Sie soll demnach auch konstatieren, dass die Sacheinlage zur Verfügung der Gesellschaft steht.

Bei der Simultangründung anerkennen die Statuten die Erfordernisse, deren Konstatierung bei der Sukzessivgründung der ersten Generalversammlung vorbehalten sind. Die Bestätigung der erfolgten gesetzlich oder statutarisch festgesetzten Einzahlungen auf jede Aktie *oder* die Deckung durch Sacheinlagen ist in öffentlicher Urkunde zu bekräftigen (vgl. E. III Art. 636, Abs. 2, Zif. 2).

---

[36]) Gemeint ist «Konstatierung». Ob einbezahlt ist oder nicht, ist eine Tatsache. Tatsachen lassen sich aber nicht beschliessen, sondern konstatieren.

[37]) Vgl. Hoffmann, S. 26; Salis, IV, No. 1587.

III. Eintrag und Veröffentlichung.

Die Aktiengesellschaft entsteht erst mit dem Eintrage ins Handelsregister.[38]) Die Eintragung ist aber erst dann endgültig erfolgt, wenn sie vom Eidg. Amt für Handelsregister genehmigt ist. Die Genehmigung äussert sich normalerweise durch die Veröffentlichung im «Schweizerischen Handelsamtsblatt».[39]) Die notwendigen Beilagen, die der Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister beigefügt werden müssen, sind im Gesetz aufgezählt.[40])

Die Veröffentlichung wird verfügt vom Eidg. Amt für das Handelsregister. Die kantonalen Registerführer übermitteln zu diesem Zweck dem Eidg. Amte vollständige Abschriften der Eintragungen (und auf Verlangen auch die Unterlagen), welches den Inhalt der Eintragung neuerdings auf seine Gesetzmässigkeit prüft.[41]) Meinungsverschiedenheiten entscheidet das Bundesgericht. Solche kommen etwa bei qualifizierten Gründungen vor. In der Prüfung der qualifizierten Gründungsvorgänge ist das Eidg. Handelsregisteramt glücklicherweise streng. Die Ausübung seiner Amtsbefugnisse bildet zudem die grösste Garantie für eine gleichmässige Rechtsanwendung im ganzen Lande.

Ueber das Verhältnis von Eintrag und Veröffentlichung und das Prüfungsrecht des Eidg. Handelsregisteramtes geben wir die Ausführungen aus einem jüngsten Entscheid des Bundesgerichtes (I. Zivilabteilung, vom 2. Mai 1933) wieder, der voraussichtlich nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen wird[42]) (E. 2): «Die Beschwerdeführer machen zur Begründung ihrer Beschwerde in erster Linie geltend: Durch den vom Handelsregisteramt Schwyz am 31. Dezember 1932 vorgenommenen Eintrag habe die Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit erlangt und seien nach der Praxis des Bundesgerichtes allfällige Mängel bei der Gründung geheilt worden; das Eidg. Handelsregisteramt sei daher nicht befugt gewesen, nachträglich die Annullierung dieses Eintrages anzuordnen. Es ist richtig, dass das Bundesgericht schon mehrfach entschieden hat (vgl. B. G. E. 15, S. 629; 33 II, S. 161; 41 II,

[38]) OR. Art. 623, Abs. 1; E. III Art. 641.

[39]) Stampa, No. 19; Burckhardt, Schweiz. Bundesrecht, Bd. III, No. 1471; BBl. 1905, I, S. 956; 1906, I, S. 529; IV, S. 965 ff; vgl. ferner den Entscheid des Bundesgerichtes, unten zitiert.

[40]) OR. Art. 622; E. III Art. 638, Abs. 3; über die Prüfungspflicht des Registerführers haben wir gesprochen und verweisen ferner auf A. Brand, Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters (Carl Heymann, Berlin 1928).

[41]) Verordnung über das Handelsregister und Handelsamtsblatt vom 6. Mai 1890, Art. 43 und 44.

[42]) Der Eintrag im Handelsregister wurde in diesem Falle vollzogen aber das Eidg. Handelsregisteramt verweigerte die Veröffentlichung, wogegen von der «Aktiengesellschaft» Beschwerde beim Bundesgericht erhoben wurde.

S. 590), wenn eine Aktiengesellschaft trotz Nichterfüllung einer Normativvorschrift zum Eintrage gelangt sei, äussere der Formalakt der Eintragung seine Wirkung und werde der diesbezügliche Verstoss geheilt. Darunter ist jedoch ein rechtswirksamer Eintrag zu verstehen. Wann aber diese Rechtswirksamkeit eintritt, d. h. ob schon mit der Vornahme des Eintrages durch den kantonalen Handelsregisterführer oder erst mit dessen Genehmigung durch das Eidg. Handelsregisteramt, darüber war in jenen Urteilen nicht zu befinden. Entscheidet sich diese Frage in letzterem Sinne, dann entfällt der Standpunkt der Beschwerdeführer ohne weiteres. Weder das Gesetz selbst noch die Handelsregisterverordnung enthalten darüber eine ausdrückliche Bestimmung; doch schreibt Art. 44, Abs. 1, der Handelsregisterverordnung vor, dass das Eidg. Handelsregisteramt den Inhalt der ihm vom kantonalen Registerführer zu überweisenden Auszüge auf seine Gesetzmässigkeit prüfen und sodann deren Veröffentlichung zu bewirken habe. Aus dieser Pflicht zur Ueberprüfung der Gesetzmässigkeit hat nun der Bundesrat, der früher hierüber zu befinden hatte, in ständiger Rechtsprechung hergeleitet, dass der Eintrag erst dann als endgültig betrachtet werden könne, wenn er vom Eidg. Handelsregisteramt genehmigt wurde. (Vgl. Bundesblatt 1905, Bd. I, S. 956; Bd. IV, S. 972; 1906, Bd. I, S. 532, abgedruckt in Burckhardt, Schweiz. Bundesrecht, Bd. III, No. 1471 I und II, S. 939—940, und Sammlung Stampa, No. 16, 17, 18, S. 10 ff.) Dieser Auffassung ist beizutreten; denn wenn der vom kantonalen Handelsregisterführer vorgenommene Eintrag schon vor der Ueberprüfung durch das Eidg. Handelsregisteramt in Rechtskraft erwachsen würde, dann hätte ja die Prüfung gar keinen Sinn. Dass die Ueberprüfungsbefugnis, wie die Beschwerdeführer geltend machen, sich lediglich darauf beziehe, ob die vom kantonalen Handelsregisterführer errichteten Auszüge in richtiger Form erstellt worden seien, davon kann keine Rede sein; denn eine solche Ueberprüfungspflicht hätte, weil selbstverständlich, nicht noch besonders hervorgehoben werden müssen. Die Vorschrift des Art. 44 der Handelsregisterverordnung lautet auch ausdrücklich dahin, dass das Eidg. Handelsregisteramt den *Inhalt* der Auszüge auf seine Gesetzmässigkeit zu prüfen habe, womit doch nur die Prüfung des Vorhandenseins der für einen Eintrag notwendigen gesetzlichen Grundlagen verstanden sein kann, in der Meinung eben, dass dem Eidg. Handelsregisteramte die Kompetenz zustehe, bei Feststellung von Gesetzwidrigkeiten dem Eintrag die Rechtswirkung zu versagen. Es wäre in der Tat im höchsten Grade unbefriedigend, wenn man das Eidg. Handelsregisteramt verpflichten wollte, die Veröffentlichung eines

Eintrages zu bewirken, den es als gesetzwidrig erachtet oder vermutet.» (Vgl. auch B. G. E. 56 I, S. 137.[43])

§ 18.

Die zivilrechtliche Haftung nach Art. 671 OR.

I. Die juristische Natur der Haftung.

Art. 671 OR. lautet: «Wer bei der Gründung einer Aktiengesellschaft tätig war, haftet sowohl der Gesellschaft selbst als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für Schadenersatz.» Zif. 2: «Wenn er wissentlich dabei mitgewirkt hat, dass eine Einlage oder die Uebernahme von Vermögensstücken ... entgegen der Bestimmung des Art. 619, Abs. 1, in den Statuten verschwiegen oder verschleiert worden ist.»

Die Haftung beschränkt sich somit nur auf den Ersatz des Schadens, der aus der Gesetzesumgehung entstanden ist. Erwächst daraus kein Schaden, so hat die Rechtsumgehung keine weitern Folgen. Dies ist ein Mangel, wie wir später noch zeigen werden.

Fraglich ist hier, ob sich die Haftung aus Vertragsverletzung oder aus unerlaubter Handlung herleitet?

Das Bundesgericht hat sich zu verschiedenen Malen mit der Frage befasst und hat sich immer für die *deliktische Natur* der Schadensverursachung ausgesprochen.[44]) Damit ist also die Verantwortlichkeit nach Art. 671 OR. ein Anwendungsfall von Art. 41 OR. Die Besonderheit liegt nur darin, dass hier das Handelsrecht die Haftung nach bürgerlichem Recht einschränkt. Wäre der Art. 671 OR. nicht, so ergäbe sich dennoch die Haftung für Schadenersatz, eben aus Art. 41 OR., denn die Verschweigung oder Verschleierung qualifizierter Gründungsvorgänge ist eine Widerrechtlichkeit, ein Verstoss gegen Art. 619 OR. Ohne den Art. 671 OR. würde eine Schadenshaftung auch eintreten, wenn durch bloss fahrlässige Gesetzesumgehung ein Schaden verursacht wurde, während Art. 671 OR. die Haftung für entstehenden Schaden nur infolge *wissentlicher* Umgehung von Art. 619 OR. vorsieht.

---

[43]) Vgl. darüber auch einen Aufsatz von Fürsprech F. v. Steiger in der Zeitschrift «Die schweizerische Aktiengesellschaft», September 1933: Gehört bei qualifizierten Gründungen die Beobachtung von Art. 619 OR. zu den Voraussetzungen der Handelsregistereintragung einer A.-G.?; vgl. ferner Brand-Meyer zum Gottesberge, S. 257.

[44]) B. G. E. XXI, No. 76, E. 13; 32 II, S. 278; 33 II, S. 250; 34 II, S. 24; ferner Curti, A.-G. und Holdinggesellschaft, S. 146.

Darin zeigt sich die Unvollkommenheit der bestehenden Ordnung, dass die Umgehung von Art. 619, Abs. 1, OR., trotz seines zwingenden Charakters keine weitere Folge hat, als dass ein eventuell eintretender Schaden ersetzt werden muss.[45])

Eine teilweise Besserung bringt der E. III. Er stellt der Absicht die Fahrlässigkeit gleich.[46]) Die Botschaft des Bundesrates bemerkt dazu (S. 61): «Bei der Prospekthaftung und der Gründerhaftung haben wir in Verschärfung des geltenden Rechtes die Fahrlässigkeit der Absicht gleichgestellt; die Tatbestände, die hier in Frage kommen, rechtfertigen eine Haftung für jedes Verschulden mindestens im gleichen Masse wie bei der Haftung aus Geschäftsführung und Kontrolle.»

II. Die Verjährungsfristen.

Da ein eingetretener Schaden aus unerlaubter Handlung hergeleitet wird, kommen die Verjährungsfristen des Art. 60 OR. zur Anwendung. Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt demnach nach Ablauf eines Jahres, seitdem der Geschädigte Kenntnis von der schädigenden Handlung hatte, «jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet».

Nicht nötig ist, dass der entstandene Schaden ziffernmässig feststeht. Die Frist beginnt von dem Tage an zu laufen, «da der Schaden, wenn auch nicht ziffernmässig, so doch *aller Wahrscheinlichkeit nach*, vom Geschädigten vorausgesehen sein muss».[47])

Die Verjährungsfrist, die aus der Annahme der deliktischen Schadenverursachung hervorging, ist von der Praxis als zu kurz empfunden worden. Der E. III hat sie in Art. 754, Abs. 1, auf fünf Jahre verlängert, was einer mittleren Lösung zwischen den Verjährungsfristen aus kontraktlicher und deliktischer Schadensverursachung entspricht. Die Untersuchung der juristischen Natur der Schadensursache (Vertrag oder unerlaubte Handlung) hat damit unter dem künftigen Rechte keinen praktischen Wert mehr.

Eine längere Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch ist dann gegeben, wenn das Strafrecht für eine strafbare Verursachung eine längere Verjährung vorschreibt (OR. Art. 60, Abs. 2; E. III Art. 754, Abs. 2).

---

[45]) Vgl. in Burckhardt das 3. Kap., Die Erzwingung des Rechts.

[46]) Art. 747.

[47]) B. G. E. vom 28. Dezember 1908 in Sachen Kempf contra Gyr; Curti, S. 146.

III. Die Verantwortlichkeitsklage.

Die Behandlung dieser Klage bietet so viele Schwierigkeiten, dass eine auch nur einigermassen eingehendere Behandlung den Rahmen der vorliegenden Arbeit zu sehr überschreiten würde. Wir verweisen auf die Spezialliteratur, insbesondere auf E. Wildi, Die Gründerverantwortlichkeit nach schweizerischem Aktiengesellschaftsrecht (Bern 1909).

Für die Neuerungen, die der Entwurf in dieser Hinsicht bringt, vgl. § 20, Zif. 10.

VIERTES KAPITEL.

Geltendes Recht und Entwurf III.

§ 19.

Die Uebergangsbestimmungen des Entwurfes III.

Von besonderem Interesse für die vorliegende Arbeit ist nur der Art. 3 der Uebergangsbestimmungen. Er lautet: «Auf Inhaber lautende Aktien und Interimsscheine, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes ausgegeben worden sind, unterstehen der Bestimmung von Art. 683 nicht.» Abs. 2: «Das Rechtsverhältnis der Zeichner und Erwerber dieser Aktien richtet sich nach dem alten Rechte.»

Die Botschaft des Bundesrates bemerkt dazu: «In Art. 683 haben wir im Gegensatz zum geltenden Recht, das die Ausgabe von Inhaberaktien nach Einzahlung von 50 % des Nominalbetrages gestattet, die *Volliberierung der Inhaberaktien* zur Bedingung einer rechtsgültigen Emission gemacht. Die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes ausgegebenen, auf Inhaber lautenden Aktien und Interimsscheine bleiben rechtsgültig; das Rechtsverhältnis der Zeichner und Erwerber untersteht dem alten Rechte (Art. 3). Die Aktiengesellschaften, die von dieser Bestimmung betroffen werden, sind wenig zahlreich.»

Abzustellen ist demnach auf den Zeitpunkt der Eintragung, sei es der Gesellschaft selbst oder des Erhöhungsbeschlusses.

Dass die Anpassung alter Rechtsverhältnisse an die neue Regelung in Bezug auf die Liberierung der Inhaberaktien nicht vorgesehen ist, ist meines Erachtens zu bedauern. Wir werden somit künftig im OR. auch zwei nebeneinander bestehende Rechte haben, wie es ähnlich im Erbrecht der Fall ist. Nur dass dort das alte (kantonale) Recht natürlicherweise «ausstirbt», während es hier möglicherweise ein dauerndes Dasein fristen wird.

Wenigstens wäre zu wünschen, dass eine Kapitalerhöhung nicht vorgenommen werden dürfte, oder doch zum mindesten neue

Inhaberaktien nicht ausgegeben werden dürften, bevor die alten voll liberiert sind. Ist das neue Recht einmal eingelebt, wird man sich an den Gedanken gewöhnen, dass Inhaberaktien voll liberiert seien, besonders da das ausländische Recht auch diese Regelung kennt. Die Anpassung wäre besonders im Hinblick auf die Zwerggesellschaften zu wünschen, die sich nach Art. 2 der Uebergangsbestimmungen entweder zur Erhöhung des Grundkapitals oder aber zur Auflösung entschliessen müssen, insofern sie vor dem Inkrafttreten des Bundesratsbeschlusses vom 8. Juli 1919 Inhaberaktien ausgaben. Aber auch sonst ist das Nebeneinanderbestehen von teilliberierten Aktien nach altem Recht und volliberierten der gleichen Gesellschaft nach neuem Recht unerwünscht. Da, wie die Botschaft des Bundesrates sagt, von dieser Bestimmung nur wenige Aktiengesellschaften «betroffen» werden, hätte die Anpassung um so eher verlangt werden dürfen.

§ 20.

Die Neuerungen des Entwurfes III.

Zum Schlusse möchte ich hier eine rein schematische Zusammenstellung geben über die Neuerungen, die der E. III bringt, soweit sie von dieser Arbeit berührt werden. Berücksichtigt sind hier nur die wirklichen Neuerungen, nicht die Kodifikation von Regeln, die schon heute gelten.

1. **Grundkapital.** *Geltendes Recht:* Für Neugründungen darf das Grundkapital bei Ausgabe von Inhaberaktien nicht weniger als Fr. 500'000.— betragen (Art. 614, Abs. 3).

Entwurf: Das Grundkapital muss in *allen* Fällen mindestens Fr. 20'000.— betragen (Art. 620 und 741, Abs. 1).

2. **Prospekt.** *Geltendes Recht:* Prospektzwang für die sukzessive Gründung und Kapitalerhöhung, wie auch im Falle der simultanen Kapitalerhöhung, wenn die Uebernehmer die Aktien nachträglich öffentlich zur Zeichnung auflegen (Art. 617, Abs. 3; Art. 626, Abs. 4 und 5).

Inhalt des Prospektes Art. 617, Abs. 4, und Art. 626, Abs. 4.

Entwurf: Der Prospektzwang ist eingeschränkt. Der Prospekt kann ersetzt werden durch den Zeichnungsschein, wenn darin die Angaben des Prospektes aufgenommen werden (Art. 629, Abs. 3). Ein Prospekt wird in den gleichen Fällen verlangt wie im geltenden Recht (Art. 629, Abs. 1, und Art. 650, Abs. 1).

Inhalt des Prospektes Art. 629, Abs. 2, und Art. 650, Zif. 1—9.

Fallen gelassen ist die Bestimmung der Zif. 7 des Abs. 3 von Art. 617 OR.

3. **Schutzvorschriften bei qualifizierter Gründung (resp. Kapitalerhöhung).** *Geltendes Recht:* Für die Abstimmung über die betreffende Statutenbestimmung in der konstituierenden Generalversammlung gilt das *Virilstimmrecht* (Art. 619, Abs. 3). Die Mehrheit der Annehmenden muss mindestens ein Viertel *aller* Zeichner und mindestens ein Viertel des Grundkapitals ausmachen (Art. 619, Abs. 4).

Entwurf: Aktienstimmrecht. Die annehmende Mehrheit muss mindestens drei Viertel der vertretenen Stimmen und mindestens zwei Drittel *sämtlicher* Aktien betragen (Art. 634). Verlangt wird ferner ein *Gründerbericht* (Art. 628; Art. 649, Abs. 1 und 2). Bei der qualifizierten Simultangründung tritt eine *Aktiensperre* von zwei Jahren ein (Art. 637, Abs. 1 und 2).

4. **Bezugsrecht der Aktionäre.** Der Entwurf gibt den Aktionären ein gesetzlich praesumtiertes Bezugsrecht für neuauszugebende Aktien (Art. 651).

5. **Kaduzierung.** *Geltendes Recht:* Die Kaduzierung muss im Statut vorgesehen sein (Art. 634, Abs. 2). Das Verfahren ist verschieden, je nachdem vinculierte Namenaktien oder sonstige Aktien kaduziert werden sollen (Art. 635).

Entwurf: Die Verwaltung ist in allen Fällen zur Kaduzierung befugt (Art. 681, Abs. 2). Im Verfahren wird nur unterschieden zwischen Namenaktien und Inhaberaktien (Art. 682, Abs. 1 und 2). Der Ausgeschlossene haftet für einen eventuellen Ausfall bei der Neuausgabe von Aktien (Art. 682, Abs. 3).

6. **Inhaberaktien.** *Geltendes Recht:* Die Ausgabe von Inhaberaktien bedingt ein Grundkapital von mindestens Fr. 500'000.— (Art. 614, Abs. 3). Die Inhaberaktien müssen zu mindestens 50 % liberiert sein (Art. 636, Abs. 1).

Entwurf: Untere Grenze des Grundkapitals immer Fr. 20'000.—. Die Inhaberaktien müssen voll liberiert sein (Art. 683, Abs. 1 und 2).

7. **Eintrag ins Aktienbuch.** *Geltendes Recht:* Der Eintrag kann aus persönlichen Gründen nicht verweigert werden.

Entwurf: Die Statuten können bestimmen, dass der Eintrag ohne Angabe von Gründen verweigert werden darf (Art. 686, Abs. 1 und 2). Ausnahme: Siehe Abs. 4.

8. **Haftung für die Liberierung von Namenaktien.** *Geltendes Recht:* Der Zeichner haftet auch bei Entlassung kraft zwingenden Rechts subsidär, wenn die Gesellschaft innert einem Jahr seitdem in Konkurs gerät (Art. 637, Abs. 7). Der derivative Aktienerwerber haftet solange, bis er von der Gesellschaft unter Annahme eines neuen Schuldners aus der Haftung entlassen wird.

Entwurf: Der Zeichner haftet kraft zwingenden Rechts, wenn die Gesellschaft innert zwei Jahren *seit ihrer Eintragung* in Konkurs gerät *und* der Rechtsnachfolger im Kaduktionsverfahren ausgeschlossen wurde (Art. 687, Abs. 2). Sonst erlischt die Haftung mit dem Eintrage eines neuen Aktionärs im Aktienbuch. *Die Zahlungsfähigkeit des neuen Aktionärs darf nicht vermutet werden und ist Bedingung des Eintrages* (Art. 686, Abs. 3 und Art. 687, Abs. 3).

9. **Herabsetzung des Grundkapitals.** *Entwurf:* Die Herabsetzung des Grundkapitals durch Herabsetzung des Nennwertes der Aktien kann *ohne* Beachtung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgen, insofern damit eine *durch erlittenen Verlust* entstandene Unterbilanz ausgeglichen werden soll.

10. **Verantwortlichkeit.** *Geltendes Recht:* Die Gründer (oder die Verantwortlichen bei Neuemissionen) haften für Schadenersatz wenn sie die schädigende Handlung *wissentlich* begingen (Art. 671 und Art. 672).

Die Mitglieder der Verwaltung und Kontrolle haften der Gesellschaft für jede *Verletzung oder Vernachlässigung* ihrer Pflichten (Art. 673). Den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern nur für *absichtliche* Verletzung ihrer Pflichten (Art. 674).

Die Gläubiger können nur im Konkurse der Gesellschaft klagen, ausser es handle sich um Forderungen aus Inhaberpapieren (Art. 675, Abs. 2).

Die Verjährungsfristen richten sich nach der Art der schädigenden Handlung (Vertragsverletzung oder unerlaubte Handlung).

Entwurf: Die Gründer haften für absichtliches *oder fahrlässiges* schädigendes Handeln. Für Wissentlichkeit nur bei Annahme zahlungsfähiger Zeichner (Art. 747). Haftung für absichtlich oder *fahrlässig* unwahre Prospektangaben. (Art. 746).

Die Mitglieder der Verwaltung und der Kontrolle haften der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern für absichtliche *oder fahrlässige* Pflichtverletzung (Art. 748). Die Gläubiger können auch ausserhalb des Gesellschaftskonkurses klagen.

Die Haftung *verjährt mit fünf Jahren,* seit Kenntnis der schädigenden Handlung, jedenfalls aber mit zehn Jahren seit derselben (Art. 754, Abs. 1).